تحرير المجلة

من مؤلفات

الإمام

للشيخ آية الله

محمد حسين آل كاشف الغطاء

مطبوعات

مكتبة النجاح و مكتبة الفيروزآبادي

طهران قم

جلد دوم قسم (١)

بسم الله الرحمن الرحیم

تحرير المجله

كاتب:

محمد حسين آل كاشف الغطاء

نشرت فى الطباعة:

مكتبة المرتضويه

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

تحریر المجله المجلد ۳

اشاره

شماره بازیابی : ۵۱-۸۱۰۶۰

وضعیت نمایه سازی : اطلاعات ثبت

شماره کتابشناسی ملی : ۲۸۷۰۸۱۹

عنوان و نام پدیدآور : تحریر المجله، تالیف آیهاله فقید محمدحسین آل کاشف الغطاء

مقطع و رشته تحصیلی : قضائی. عربی

ملاحظات: این کتاب در کتاب فروشی نجاح در تهران و کتابفروشی فیروزآبادی در قم افست شده است.

مشخصات نشر : عراق. نجف اشرف، المکتبه المرتضویه.۱۳۵۹. ج ۵

مشخصات ظاهری : ۱۱۴۶ ورق.

ص: ۱

اشاره

بسم اللّه و له الحمد و المجد

الكتاب السادس فى الأمانات

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

المقدمه فی بیان «الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالأمانات»

الأمانات:

«تمهید مفید» اعلم ان کل إنسان وقع فی یده مال غیره فاما ان یکون استیلاؤه علیه بإذن المالک، أو بإذن الشارع، أو بدون اذن واحد منهما، و الأول اما ان یکون لمصلحه المالک فقط أو لمصلحه القابض أو لمصلحتهما، و من الأول الامانه بالمعنی الأخص و هی الودیعه التی هی القیام بحفظ مال الغیر باذنه بغیر جعل و لا فائده، و من الثانی العاریه التی هی إباحه للانتفاع أو تملیک للمنفعه بغیر عوض، و من الثالث الإجاره فإنها لمنفعه المالک من حیث أخذ الأجره و لمنفعه المستأجر من حیث استیفاء المنفعه و کل هذه تعد من الأمانات و لکن بالمعنی الخاص و هی أعم من

الوديعه التى هى أمـانه بالمعنى الأخص، و كلها أيضا أمانات مالكيه لأنها اجمع بإذن المالك، اما القسم الثانى و هو ما كان بإذن الشارع فقط فمنه اللقطه و مجهول المالك كالـذى أطارته الريـح الى دار إنسان و ما دخل الى ملك الغير من طائر أو حيوان و ما أشبه ذلك، و كل هذه الأنواع تعد أيضا من الأمانات و لكنها بالمعنى الأعم و هى أمانات شرعيه.

و جميع الأمانـات تشترك فى حكم و ينفك بعضـها عن بعض فى حكم دون آخر، و الحكم العام المشترك بين جميع الأمانات أمران- عدم الضـمان إلا بالتعدى و التفريط. و وجوب الرد الى المالك- و تفترق الشـرعيه عن المالكيه بوجوب طلب المالك و المبادره إلى رد ماله اليه و لو من غير طلب منه بخلاف المالكيه فان الواجب دفع ماله اليه عنـد طلبه و لا يجب أن يتطلبه كما فى الأولى.

و هناك أحكام اخرى يمتاز بها بعض الأمانات عن بعض تذكر فى مواضـعها، أما القسم الثالث و هو الاستيلاء على مال الغير من دون اذن المالك و لا الشارع فأظهر افراده المال المغصوب بجميع أنواعه و أسـبابه من سرقه أو نهب أو خيانه أو تدليس أو نظائر ذلك، و يمتاز هـذا عن القسـمين السابقين بأنه مضـمون مطلقاً حتى مع التلف بغير تعد و لا تفريط، و يقابله الأمانه بالمعنى الأعم الشامله للاستيلاء على مال الغير بإذنه أو بإذن الشارع.

و حيث عرفت أنواع الأمانـات يتضـح لـك أن (المجله) ذكرت من أنواع الأمانـات هنـا خصوص الأمـانه بـالمعنى الأخص و هو الوديعه و العاريه

أعنى ما كـان لمصلحه المالـك فقـط أو لمصـلحه القـابض فقـط و مـا عـدا ذلـک من الأـنواع فهى مـذكوره فى خلال أبـواب المعاملات بـالمعنى الأعم و عبرت عن الامـانه كمـا فى ماده (۷۶۲) بأنها هى الشـى ء الـذى يوجـد عنـد من يتخـذ أميناً، و هذا التعريف لا يخلو من فكاهه فإن الذى يتخذ أميناً عنده أشـياء كثيره فهل كلها امانه؟ و يهون هذا بناء هذه التعاريف على التساهل، و التعريف القريب للأمـانه بـالمعنى الخـاص هو انهـا المـال الـذى صار فى يـد غير مالكه، بإذنه أو اذن الشارع، و الأمانه بالمعنى الأخص- اى الوديعه- هو المال الـذى دفعه مالكه لغيره لينوب عنه فى حفظه، و المعروف فى تعريفها عندنا اسـتنابه فى الحفظ و إليها أشارت (المجله) بقولها: سواء كان امانه بعقد الاسـتحفاظ كالوديعه!! و الاستحفاظ تاره يكون تمام المقصود من العقد كما فى الوديعه. و اخرى يكون لازم العقـد و المقصود بالعقـد أصـاله غيره كالإجـاره و العـاريه و غيرهمـا. فالاسـتحفاظ ملحوظ فى الجميع اما أصاله أو تبعاً و باللازم. فان كان المراد من الاستحفاظ ما هو من النوع الأول فلا وجه لكاف التشبيه فان العقد الذى لا يقصـد منه الا الاسـتحفاظ ليس إلا الوديعه و ان كان ما يعمه و النوع الثانى لم يتجه قولها: أو كان امانه ضـمن عقـد كالمأجور و المسـتعار، بل حقه أن تقول: كالوديعه و كالمأجور و المسـتعار أو دخل بطريق الأمانه بيـد شـخص بـدون عقـد و لا قصد كما لو القت الريح فى دار أحد مال جاره فحيث كان بدون عقد لا يكون وديعه بل أمانه فقط.

و بهـذا ظهر ان الوديعه أخص و الأمـانه أعم فـإن المأجور و المسـتعار و الـذى ألفته الريـح كلها أمانه لا وديعه، غايته أن الأولين أمانه مالكيه و الأخير أمانه شرعيه، و منه ظهر ماده (۷۶۳)

الوديعه:

هى المال الذى يوضع عند شخص لأجل الحفظ، و لا حاجه بعدها الى توضيح الواضح فى ماده (۷۶۴) الإيداع هو احاله المالک محافظه ماله لآخر و يسـمى المسـتحفظ مودعا- بكسـر الدال- و الذى يقبل الوديعه وديعا و مسـتودعا- بفتح الدال- و باصـطلاح فقهائنا وديعا.

(ماده ۷۶۵)

العاريه:

هى المال الذى تملكت منفعته لآخر مجاناً اى بلا بدل- و يسمى معاراً و مستعاراً.

تباعـدت حقيقه العـاريه على أكثر الفقهـاء كمـا ضـاع عليهم حقـائق أكثر العقود فقـال بعضـهم: انها تمليک المنفعه مجاناً، و قال آخرون: انهـا إبـاحه المنفعه و إباحه الانتفاع (و الفرق بينهما نادر) و الحقيقه انها لا هـذا و لا ذاک و انما هى: سـلطنه خاصه على العين للانتفـاع بها، كما ان الإجاره كـذلک، و الفرق بينهما: ان العاريه تسـليط على العين بلا عوض، و الإجاره تسـليط بعوض، و كلاهما تسـليط على العين للانتفاع و لازم هـذا إباحه المنفعه أو إباحه الانتفاع، و كأن القوم عبروا عن هـذا العقد بلازمه كما هو عادتهم فى أغلب العقود بل و غيرها، اما احتمال كونها تمليک المنفعه ذاتا أو لازما فهو بعيد عن التحقيق جداً و الاسـتدلال عليه بان المستعير له ان يعير و لو كان لا الملكيه لما كان له ذلک- مدفوع بالإعاره الثانيه ان كانت بإذن المعير الأول- أى المالک

صحت و لاـ تـدل على الملكيه، و ان كانت بغير اذنه منعنا جوازها أو تقع باطله، بل و دفعها بغير اذن المالك الى المسـتعير الثانى حرام، فالحق ما ذكرنا من انه عقـد أو إيقاع يفيـد تسـليط المالك غيره على العين للانتفاع بها مجاناً، و ليس للمسـتعير أن يتجاوز مقدار الاذن من المعير فلو تجاوز ضـمن و فعل حراماً، و مع عدم التجاوز هى أمانه بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت إلا بالتعدى و التقصير كما فى ماده (٧٦٨) الأمانه لا تكن مضمونه يعنى إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين و لا تقصير منه لا يلزمه الضمان!! و بعد ان ذكرت (المجله) أشـهر احكام الامانه و هو عدم الضمان أخذت فى ذكر بعض مصاديقها و مواردها فى ماده (٧٦٩) إذا وجـد رجل فى الطريق أو فى محل آخر شـيئاً فأخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب، و على هذا إذا هلك المال أو ضاع و لو بلا صـنع أو تقصـير منه يصـير ضامناً!! كأنها تشـير الى ان من استولى على مال الغير بغير اذنه ان أزال يده الحقه فهو غصب و ان لم يزل يـده بل وصل اليه بغير القهر من الأسـباب فهو بحكم الغصب و من هـذا النوع من وجـد مالا فى الطريق- أى اللقطه- فأخـذه بنيه التملك فإنه و ان لم يكن غصـباً أى الأخـذ قهراً و لكن تترتب عليه احكام الغصب من الحرمه و الضـمان مع التلف و لو بغير تعد و لا تقصير، و وجوب الرد مع عدمه، و أما لو أخذه على أن يرده لمالكه فان كان معلوما كان فى يده امانه و يلزم تسليمه الى مالكه، و ان لم يكن معلوما فهو لقطه و هو فى يد ملقطه أمانه.

و هذا البيان غير مستوعب لأقسام العنوان.

و «تحرير البحث» ان ما يقع بيد الإنسان من مال الغير بغير اذنه ان أخذه قهراً أو اختلاساً فهو الغصب، و ان أخذه بغير ذلك و بغير قصد ردّه الى مالكه فهو بحكم الغصب تترتب عليه جميع أحكامه وضعيه و تكليفيه، و ان أخذه بقصد رده إليه فإن كان مالكه معلوماً وجب المبادره الى رده اليه و هو فى ذلك الحال امانه لا ضمان فيه الا بالتعدى و لو توانى خرج عن الامانه و صار ضامناً مطلقاً، و ان لم يكن معلوماً فان كان قد وجده فى الطريق أو فى الصحراء أو غيرهما من المواضع العامه فهو اللقطه و تجرى عليه أحكامها، و ان وجده فى داره أو خزانته أو دكانه و نحو ذلك من المواضع الخاصه به و لا- يعرف صاحبه كان من مجهول المالك و تجرى عليه احكامه، و قصارى اللقطه و المجهول المالك ان مرجعهما أخيراً لحاكم الشرع.

و حيث ان اللقطه من مهمات مباحث الفقه، و هى عامه البلوى، و لم تستوف (المجله) أحكامها مع انها من صلب الأمانات، فاللازم ان نوفيها حقها و قد تبين لك موضوعها فى المجله و تفصيله: انه عباره عما يؤخذ من المواضع العامه من مال أو غيره من غير علم صاحبه به و لا- اذنه و هو إما حيوان أو جماد و الحيوان اما إنسان أو غير إنسان، فالإنسان هو اللقيط و قد عرفوه بأنه إنسان ضائع لا كافل له و لا يستقل بنفسه و يشتمل المنبوذ و الضائع، و الحر و العبد، فالحر يرد إلى اهله، و العبد الى مالكه، و أخذه مستحب فان خيف عليه التلف وجب و إذا أخذه

الملتقط وجب عليه حضانته بالمعروف و ينفق عليه من بيت المال، و ان لم يكن فمن الزكاه، و الا استعان بالمسلمين، و إلا أنفق عليه و رجع به عليه بعد بلوغه، أو على اهله ان وجدهم، و هو مسلم إذا التقط فى بلاد المسلمين أو فى بلاد الكفر و فيها مسلم يحتمل كونه منه، و ولاؤه للإمام لا للملتقط، و لو اختلف هو و اللقيط بعد بلوغه أو أهله فى أصل الإنفاق أو قدره يقدم قول الملتقط فيما يوافق المعروف و هذا من موارد تقديم الظاهر على الأصل و هو ظاهر، و لو التقطه اثنان و تشاحا أقرع بينهما و يشترط فى الملتقط البلوغ و العقل بل و الرشد على الأحوط، و كونه حراً و إسلامه ان كان اللقيط مسلماً، بل و عدالته على الأحوط. فلو فقد أحد هذه لم يكن لالتقاطه اثر. و جاز للغير ان يأخذه منه. هذا كله فى اللقيط- أى الإنسان الملقوط-. اما لقطه الحيوان و تعرف بالضاله و هى الدابه التى لا يعرف مالكها. فقد وردت أخبار تشعر بحرمه التقاطها و هى محموله على الكراهه جمعاً بينهما و بين ما دل على الجواز و ترتفع الكراهه بخوف التلف عليها و ان كان صحيحاً فى ماء و كلاء فى غير مسبعه فالأولى تركه لامتناعه و لو أخذها فتلفت قيل يضمن و هو مسلم ان أخذها بنيه التملك أو مع التفريط و الا فلا. و لو ترك من جهد فى غير ماء أو كلاء كان أخذه مباحاً. فإن أنفق عليها الملتقط حتى أصلحها كانت له و ليس لمالكها لقول أمير المؤمنين سلام اللّه عليه ان تركها فى غير ماء و لا كلاء فهى للذى أحياها و أوضح منها صحيحه ابن سنان و غيرها و العمل بها وفاقا لجمهور الأصحاب متعين و ان كانت على خلاف

القاعـده، و لعل الشارع جعل الاعراض هنا بالخصوص مزيلا للملكيه السابقه رفقاً بالحيوان و يكون من المباحات فيملكه الملتقط بالحيـازه، أما الشاه فى الفلاه التى لا تمتنع من الوحش المفترس فيجوز أخـذها بنيه التملک كما فى الخبر المشـهور «هى لک أو لأخيک أو للذئب» إنما الكلام فى الضـمان لو ظهر صاحبها كما يدل عليه بعض الاخبار أو عدمه كما هو ظاهر إطلاق «هى لک ..» فى الخبر المشـهور مضافا الى الأصل و الأول أحوط ان لم يكن أقوى، و لو دفعها لحاكم الشـرع برئ من الضمان قطعاً، و هل يتوقف تملكها على تعريفها سـنه أو أقل أولا لإطلاق الخبر المتقدم و لعله الأقوى؟ و كذا حكم كل ما لا يمتنع من السـباع بعد و أو طيران حتى مثـل الـدواجن كالـدجاج و نحوه، و لو وجـدت الشـاه فى العمران حبسـها ثلاثه أيام فان لم يجـد صاحبها باعها و تصـدق بثمنهـا، فـان ظهر مالكهـا و لم يمض غرم له القيمه و ليس له تملكها بل اما ان يبقيها امانه لمالكها و ينفق عليها و يقاص من لبنها و صوفها أو يبقيها و يبقى الثمن أمانه أو يتصدق به و لو دفعها أو قيمتها الى الحاكم سلم من ذلک كله.

هـذا موجز الكلام فى لفظه الحيوان إنسان و غير إنسان، أما لقطه المال الصامت فقـد وردت جمله أخبار ظاهره فى حرمه التقاط المـال فى الحرم مطلقـا ففى روايه عن الكـاظم سـلام اللّه عليه «لقطه الحرم لا ـ تمس بيـد و لا ـ رجل، و لو ان الناس تركوها لجاء صاحبهـا و أخـذها» و لكن المشـهور الكراهه، و موضع البحث قصـد التملـک، إمـا أخـذها لحفظها أو ردها الى صاحبها فالظاهر الاتفاق على جوازه و هو امانه لا تضمن حينئذ إلا

بالتفريط، ثم إذا أخذه بهذا القصد عرف به سنه فان لم يظهر تصدق به عن صاحبه و يضمن له لو ظهر بعد ذلك، و القاعده تقتضى عدم الضمان لأنه أمانه شرعيه و قد أنفقها بإذن الشارع، و لو دفعها للحاكم فلا شى ء عليه و ما ذكرناه يطرد فى القليل و الكثير، أما لقطه غير الحرم فيحل منه ما كان دون الدرهم من غير تعريف، و لو ظهر مالكه و عينه باقيه أخذها قطعاً فهى ملكيه مراعاه، اما لو كانت تالفه ففى الضمان وجهان بل قولان أقواهما العدم لإذن الشارع بذلك التصرف و هو كإذن المالك أو أقوى أما الدرهم فما زاد فالواجب تعريفه حولا فلان لم يظهر صاحبه تخير بين ان يتملكه مَعَ الضمان لو ظهر و بين الصدقه به على مستحق الزكاه عن صاحبه و فى الضمان الوجهان السابقان و عدم الضمان هنا أقوى، و بين إبقائه أمانه لمالكه فلا يضمن الا مع التفريط، و الدفع الى الحاكم الشرعى أصح و أسلم، و الحكم العام فى لقطه المال من الدرهم فما زاد هو التعريف حولا فيما يمكن فيه التعريف، اما ما لا ـ يمكن كالدراهم و الدنانير الغير المصروره و لا ـ فى محفظه فقد يقال بسقوط تعريفها، و جواز تملكها بمجرد التقاطها و هو مشكل، و لو تحقق هذا الفرض فى بعض الأموال كان من مجهول المالك و يجرى عليه حكمه و لا يجوز تملكه بوجه مطلق كما انه لو وجد فى المواقع العامه كالحمام أو المساجد و المعابد بدل ثيابه أو حذائه أو كتابه فإن علم انها لآخذ كتابه كانت من مجهول المالك لا ـ اللقطه، و ان لم يعلم أو علم العدم فهى لقطه، و ما لا يبقى أو يحتاج بقاؤه إلى علاج باعه أو قومه على نفسه و حفظ قيمته و الأحوط مراجعه الحاكم فى ذلك

لأنه الولى العام.

و أخذ اللقطه بوجه عام مكروه، و فى بعض الأخبار

«لا يأخذ الضاله إلا الضالون»

و قد توجد خصوصيات مقاميه تخرج عن الكراهه بل قد تصير مستحبه أو واجبه، و ذكروا: ان الكراهه تتأكد فيما تكثر منفعته و تقل قيمته كالعصا و النعل و الإداوه و أمثالها: كما تتأكد الكراهه فى الفاسق و المعسر و يصح التقط المال من كل من يصح منه التكسب حتى الصبى و المجنون و يتولى حفظهما و التعريف بها الولى. و يستحب الاشهاد بل قد يحب فى أخذها و ردها. مضافا الى الإعلان و الإنشاد فى الحول حسب المتعارف.

و حيث ان اللقطه- كما عرفت- امانه يجب ردها الى مالكها الواقعى فلا يجوز دفعها الى مدعيها ما لم يثبت ملكه لها بالعلم أو ما يقوم مقامه شرعاً من الشاهدين العدلين. أو الشاهد و اليمين و لا يكفى إعطاء أوصافها و ان كان خفيه الا مع حصول الاطمئنان بصدقه المتاخم للعلم. و إذا دفعها بالأوصاف و قدم غيره البينه انها له انتزعت من الاولى و دفعت لذى البينه و ان كانت تالفه تخير فى الرجوع على الدافع أو المتلف فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى لأن قرار الضمان عليه. و لذا لو رجع عليه رأسا لم يرجع على الأول.

و من وجد مالا فى فلاه من الأرض أو مدفونا فى أرض ليس لها مالك و لم يكن عليه أثر الإسلام ملكه الواجد و ان كان فى

أراضـی الإسـلام، و ان وجـد علیه أثر الإسـلام کـان لقطه یجب تعریفهـا و لو کان للأرض مالک عرفه فان ادعاه دفع له و الا فلو أجده مع انتفاء أثر الإسـلام و الا فهو لقطه و مثله ما یوجد فی جوف الدابه أو السـمکه ان کانت أهلیه أما الوحشیه و التی أخذت من المیـاه العـامه جدیـداً لاـ یراجع بها المالک فان کان علیه أثر الإسـلام فلقطه و الا فلو أجـده، و من وجـد مالًا فی صـندوقه أو دکانه أو داره فان کان له شـریک فیه عرفه فان ادعاه أخذه بلا بینه و لا یمین، لانه مدع بلا معارض، و ان نفاه فهو لقطه لواجده، و ان لم یکن له شریک فقد ذکروا. انه یکون لمالک الدکان و الدار و نحوهما لانه من توابع ملکه و لم یجعلوه لقطه و هو محل نظر فلیتأمل.

هذا موجز البحث فی اللقطه موضوعاً و حکماً، و فیه علی اختصاره غنی و کفایه و سیأتی لهذا البحث تتمه إن شاء اللّه تعالی.

و (المجله) بمناسـبه بحث الامانه استطردت الی ذکر اللقطه استطراداً خفیفاً، فلم توف حق الامانه، و لم تمیز بین الأمانه الشرعیه و الأمـانه المالکیه، کما انها لم تسـتوف رءوس مباحث اللقطه فضـلًا عن دیر لها و توابعها، و لم تخصـص لها سوی ماده واحـده، و هی:

(ماده: ۷۷۰) یلزم الملتقط ان یعلن أنه وجد لقطه و یحفظ المال فی یده أمانه

الی أن یوجد صاحبه و إذا ظهر أحد و أثبت ان تلک اللقطه ماله لزمه تسلیمها.

و فی هذا أیضاً من التسامح أو الخلل ما لا یخفی، إذ لیس اللازم

إعلاـن انه وجـد لقطه، بل اللازم طلب من ضاع له مال، و هو المعبر عنه بالإنشاد أى طلب صاحب المال و نشـدانه فى الجوامع و المحافل و الأنديه العامه و نحوها، و يقول مثلا- نداء أو كتابه-: انه من ضاعت له دراهم فليراجع المحل الفلانى. و نحو ذلك، و لاـ يبعـد ان اجره المنـادى و الناشـد و مـا يتصل بـذلك على صاحب المال لا على الملتقط لانه محسن و (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) ثم يبقى المال بيـده أمانه إلى نهايه الحول أو حتى يحصل اليأس و لو قبل الحول، و النهايه هو الحول- و بعـده التفاصـيل السـابقه، و اليه أشـارت بقولهـا: و يحفـظ المـال بيـده أمـانه الى ان يوجـد صـاحبه، و إذا حضـر و أثبت ان تلك اللقطه ماله لزمه تسليمها!!.

و «تحرير البحث» فى موجبات تسليم اللقطه انه يجب بأمور.

أحـدها-: و أقواهـا حكم الحاكم و ثبوت ذلك عنـده، فإذا سـلمها بحكم الحاكم خرج من العهـده و لم يبق عليه شـى ء حتى لو ظهر خطأ الحاكم أو فساد حكمه.

ثانيها-: قيام البينه عند الملتقط نفسه فإنه يجب عليه تسـليمها بشهاده العدلين أو العدل الواحد مع اليمين، و يخرج بذلك من كل تبعه.

ثالثها-: إقرار الملتقط بأنها للمدعى فإذا أقر وجب تسليمها للمقر له و لكن لا يخرج من العهده و لو اقام آخر البينه انها له انتزعت من المقر له و دفعت لصاحب البينه و ان كانت تالفه رجع على أى منهما يشاء

و لا يرجع المقر على المقر له لو أخذت قيمتها منه حسب إقراره كما لا يرجع أيضاً الثانى على الأول لو أخذت منه.

رابعها-: بيان الأوصاف الخفيه الموجبه للاطمئنان كما تقدم قريباً و لكن لا يخرج بها عن العهده و حالها حال الإقرار.

و ذكر شيخنا الشهيد- أعلى اللّه مقامه- فى «اللمعه» ما نصه-:

و لا تدفع إلا بالبينه لا بالأوصاف و ان خفيت، نعم يجوز الدفع بها ا ه.

و قد يشكل بان الدفع إذا جاز وجب فإن الأوصاف اما ان تكون اماره و حجه كالبينه فيجب الدفع و الا فلا يجوز، و يمكن دفع هذا بأن البينه حجه شرعيه قاطعه يجب العمل بها بخلاف الاعتماد على الأوصاف فإنها لا تفيد سوى الظن، و أقصاه جواز العمل به ما لم ينكشف الواقع و يظهر الخلاف، فليتأمل.

(ماده: ۷۷۱) إذا هلک مال شخص فى يد آخر

فان كان أخذه إياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال، و ان كان أخذ ذلك المال بإذن صاحبه لا يضمن لأنه امانه فى يده إلا إذا كان أخذه على سوم الشراء و سمى الثمن فهلك المال لزمه الضمان، مثلا إذا أخذ شخص إناء «بلور» من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده فانكسر ضمن قيمته، و أما إذا أخذه بإذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد أثناء النظر و انكسر فلا يلزمه الضمان، و لو وقع ذلك الإناء على آنيه أخرى فانكسرت تلك الآنيه أيضاً لزمه ضمانها فقط، و أما الإناء الأول فلا

يلزمه ضـمانه لأنه امانه فى يـده، و أما لو قال لصاحب الـدكان بكم هـذا الأناه؟ فقال له: بكـذا قرشا خـذه، فأخذه بيده فوقع على الأرض فانكسر ضـمن ثمنه، و كذا لو وقع كأس (الفقاعى) من يد أحد فانكسـر و هو يشرب لا يلزمه الضمان لأنه أمانه من قبيل العاريه، و أما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان.

خرج من قضايا اللقطه إلى أصل باب الأمانات، و بهـذا تريـد (المجله) إعطاء الضابطه الكليه، و القاعـده الأصـليه لضـمان اليد، و تحرير ذلك ان يقال: ان تلف مال إنسان بيـد غيره لا يخلو اما ان يكون حصوله بيده كان بإذن المالك أو بإذن الشارع أو بدون اذن واحـد منهمـا، و على الثـانى فهو ضـامن مطلقا سواء كان بالتعـدى أو بـدونه، و الأول اما ان يكون الإذن اذن معاوضه أو إذنا مجردا، و الثانى لا يوجب الضـمان الا مع التعـدى، و الأول يقتضـى الضـمان مطلقا بالمثل أو القيمه بقاعده (ما يضـمن بصـحيحه يضمن بفاسده) فتحصل ان الاستيلاء على مال الغير لا يخلو من ثلاثه أنواع.

(الأول) ما خلى عن الاذن مطلقا، و يدخل فيه الغصب و السرقه و الجحود و التعدى عن الامانه و الغش و التدليس و أشباه ذلك، و هو كثير و حكمه الضـمان مطلقا، و منه المال المقبوض اشـتباها كما لو دفع القصار ثوب زيـد لغيره فتلف فى يـده، و لزيد حق الرجوع به على القصار حينئذ إلا مع الغرور، و كذا لو تخيل ان مال زيد ماله فأخذه فتلف فى يده فإنه ضامن له بقاعده اليد.

(الثانی) ما کان عن اذن و لکن أذن معاوضه و هی أما علی العین باعتبار ذاتها أو علیها باعتبار بعض شئونها، و من هذا النوع الإجاره و المزرعه و المساقاه و أضرابها، و هذه تلحق بالأمانات و لا ضمان فیها الا مع التعدی و التفریط، و من الأول المقبوض بالعقد الفاسد، و المقبوض بالسوم، و هو ضمانی مطلقا للقاعده المتقدمه (ما یضمن بصحیحه ..)

(الثالث) ما کان عن اذن مجرد عن کل معاوضه و هو باب الأمانات بجمیع أنواعها شرعیه أو مالکیه، و من أظهر أنواع الثانی الودیعه و العاریه، و من أظهر أنواع الأول اللقطه و مجهول المالک و باب الحسبه کقبض عدول المؤمنین للوقف الذی لا متولی له و مال الیتیم الذی لا قیم له، و الغائب الذی لا وکیل له، حیث لا یوجد الولی العام و هو الحاکم أو الی زمن إمکان مراجعته و لا ضمان فی الجمیع الا مع التعدی و التفریط.

هذا تمام أنواع الاستیلاء علی مال الغیر و أحکامها و منه تعرف عدم استیفاء (المجله) لأنواع هذا البحث کما یتضح بما ذکرناه من الأمثله المدرجه فی هذه الماده بقولها مثلا- إذا أخذ شخص إناء بلور إلخ ..

(ماده: ٧٧٢) الاذن دلاله کالاذن صراحه،

و اما إذا وجد النهی صراحه فلا عبره بالإذن دلاله مثلا- إذا دخل شخص دار آخر باذنه فوجد إناء معدا للشراب فهو مأذون دلاله بالشرب به فإذا أخذ ذلک الإناء لیشرب به فوقع من یده و هو یشرب فلا ضمان علیه و اما إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم أخذه لیشرب به فوقع من

يده و انكسر فيضمن قيمته.

و ملاك كل ذلك القواعد المقرره فى الاستعمال، و أصول الفهم و التفاهم منها قاعده تقديم النص على الظاهر و الأظهر على الظاهر.

«الباب الثانی» فی الودیعه

اشاره

و یشتمل علی فصلین

الفصل الأول فی «بیان المسائل المتعلقه بعقد الإیداع و شروطه»

،،، الودیعه کما عرفت هی الأمانه الخاصه و أحسن تعریف لها انها استنابه فی الحفظ و حیث انها تتقوم بطرفین و لا یتحقق أثرها بطرف واحد لذلک کانت من العقود المتوقفه علی إیجاب و قبول کما فی ماده «۷۷۳» ینعقد الإیداع بالإیجاب و القبول صراحه أو دلاله، و لا إشکال فی انعقاده بالقول الصریح مثل: أودعتک، أو: احفظها عنی و یقول الآخر: قبلت، و باللازم اجعلها عندک أو صیرها مع أموالک و أمثال ذلک مما ذکرته «المجله» مثلا- إذا قال صاحب الودیعه أودعتک هذا الشی ء أو جعلته امانه عندک، فقال المستودع: قبلت انعقد الإیداع صراحه، و کذا لو دخل شخص خانا فقال لصاحب الخان: این أربط دابتی، فأراه محلا فربط الدابه فیه انعقد الإیداع دلاله، و کذلک إذا وضع رجل ماله فی دکان فرآه صاحب الدکان

و سکت ثم ترک الرجل ذلک المال و انصرف صار ذلک المال عند صاحب الدکان ودیعه، و أما لو رد صاحب الدکان الإیداع بأن قال لا اقبل فلا ینعقد الإیداع حینئذ، و کذا إذا وضع رجل ماله عند جماعه علی سبیل الودیعه و انصرف و هم یرونه و بقوا ساکتین صار ذلک المال ودیعه عند جمیعهم فإذا قاموا واحدا بعد واحد و انصرفوا من ذلک المحل فبما انه یتعین حینئذ علی من بقی منهم أخیرا یصیر المال ودیعه عند الأخیر فقط کل ذلک حیث یکون السکوت دالا علی الرضا و الالتزام فیکون ودیعه معاطاتیه و یترتب علیها الحکم التکلیفی و هو وجوب الحفظ و الودیعه العقدیه و المعاطاتیه سواء فی عدم اللزوم کما فی ماده «۷۷۴» لکل من المودع و المستودع فسخ عقد الإیداع متی شاء.

و إذا فسخ أحدهما وجب رد الودیعه ان طالب بها صاحبها کما هو حکم الأمانه المالکیه فإذا طلبها و لم یدفعها الودعی صار بحکم الغاصب و ضمنها مطلقا، و حیث عرفت انها عقد فیتعبر فیها ما یعتبر فی سائر العقود من کونها مقدوره التسلیم من عاقلین بالغین أو ممیزین کما نصت علیه ماده «۷۷۵» یشترط کون الودیعه قابله لوضع الید علیها و صالحه للقبض فلا یصح إیداع الطیر فی الهواء.

إلا إذا کان مما تعوّد علی العود.

و ماده (۷۷۶) یشترط کون المودع و المستودع عاقلین ممیزین و أما کونهما بالغین فلیس بشرط فلا یصح إیداع المجنون و الصبی غیر الممیز

و لا قبولهما لهما الوديعه، و أما الصبى المميز المأذون فيصح إيداعه و قبوله الوديعه.

فلو أودع الصبى أو المجنون و قبض الودعى كان غاصبا و يضمن مطلقا، اما الإيداع عند الصبى أو المجنون فان وجدها صاحبها أخذها و ان تلفت فلا ضمان أصلا لأنه هو الذى أسقط حرمه ماله، اما لو كان جاهلا بجنونه أو عدم بلوغه فلا يبعد الضمان من ماله مطلقا و إذا مات أخذه من تركته.

«الفصل الثانى» (فى أحكام الوديعه و ضمانها)

(ماده: ۷۷۷) الوديعه امانه فى يد الوديع

بناء عليه إذا هلكت بلا تعد من المستودع و بدون صنعه و تقصيره فى الحفظ فلا يلزم الضمان الا انه إذا كان الإيداع بأجره على حفظ الوديعه أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها مثلا- لو وقعت الساعه المودعه من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان، اما لو وطئت الساعه بالرجل أو وقع من اليد عليها شى ء فانكسرت لزم الضمان.

لاـ نعرف وجهـا لهـذا الاسـتثناء فـان الامـانه مطلقا يجب حفظها حسب الإمكان فإذا هلكت و كان يمكنه التحرز من هلاكها فهو مقصـر فى حفظها و يكون ضامنا سواء كان بأجره أو بغير اجره، و إذا هلكت و كان لا يمكنه التحرز فهو معذور و لا ضمان عليه، فأين موضع الاسـتثناء؟ ثم لا يخفى ان الوديعه و الأجره لا يجتمعان و هو أشبه بجمع الضدين أو النقيضين كقضيه الهبه و العوض فـإن الوديعه مـأخوذ فى حقيقتهـا اعتبـار المجانيه كالهبه، اما إذا أخـذت الأجره على الوديعه- اى على حفظها- فقـد خرجت عن كونهـا وديعه و دخلت فى بـاب الإجـاره و جرى عليه أحكامهـا فتـدبر و لا يشـبه عليك الأمر، و العين المسـتأجره أيضا هى أمانه يجب التحرز عن هلاكها بكل ما يمكن فلو قصر فى ذلك فهو ضامن لها كضمانه للوديعه.

امـا الأـمثله التى ذكرتهـا (المجله) فهى تختلف حسب الظروف و الأحوال و الخصوصـيات المقاميه، و ليس لها ضابطه كليه، فقد يكون وقوع الساعه من يد المسـتودع فى بعض الأحوال تقصيرا أو تفريطا يوجب الضمان و قد لا يكون كما ان وطئها بالرجل أو وقوع شى ء من اليد فينكسر قد لا يكون تقصيرا و قد يكون.

كذلك إذا أودع رجل ماله عند آخر و أعطاه اجره على حفظه فضاع بسبب يمكن التحرز منه كالسرقه فيلزم المستودع الضمان و فى هذا المثال خلل من جهات أوضحها أن السرقه تختلف فقد تكون من تساهل المسروق و عدم أخذه بالاحتياط فى التحفظ

فیکون تقصیرا موجبا للضمان، و قد تقع مع غایه التحفظ، فالإطلاق غیر متجه کما انها فی المورد الذی تکون فیه موجبه للضمان لا فرق بین إعطاء الأجره و عدمه.

و هکذا الکلام فی ماده (۷۷۸) إذا وقع من ید خادم المستودع شی ء علی الودیعه فتلفت لزم الخادم الضمان.

فان هذا الإطلاق لیس فی محله بل قد یکون تفریطا فیضمن و قد لا یکون.

(ماده: ۷۷۹) فعل ما لا یرضی به المودع فی حق الودیعه تعد من الفاعل.

شاع عند الفقهاء فی باب الأمانات استعمال لفظی التعدی و التفریط أو التقصیر، و (المجله) کأنها ترید إعطاء الضابطه للتعدی و لکن الضابطه التی ذکرتها مع إجمالها ناقصه بتراء فان ما لا یرضی به المودع ان صرح به فی العقد لزم علی الودعی ان لا یتجاوزه فلو خالفه کان تعدیا و الا لا یکون تعدیا فیما لو کان الودعی لا یعلم ما یوافق رضا المالک و ما لا یوافقه.

و (بالجمله) فهذه الضابطه قلیله الفائده مع انها غیر جامعه.

و (و تحریر البحث) ان التعدی أفعال، و التفریط تروک فلبس الثوب و رکوب الدابه بغیر الاذن أو بغیر المتعارف تعدی، فلو تلفت فی ذلک الحال و لو تلفا سماویا کان ضامنا لخروجه عن الأمانه بالتعدی، و لکن إهمال حفظها و عدم وضعها فی مکان حریز تروک و هی

توجب الضمان، و اليه ترجع أكثر الأفعال فإن أخذ الوديعه معه فى السفر أو لبس الثوب و أضرابه و ان كانت أفعالا و لكن ترجع الى التقصير فى الحفظ و ترک التحرز.

إذا فالضابطه الكليه، و القول الجامع، هو ان يقال: ان كلما يعد عرفا إهمالا، و تركا للتحفظ و التحرز، فهو تعد و تفريط، و هو يختلف باختلاف الزمان و المكان و الأشخاص، و أنواع الأمانات فى الحفظ و الفيصل فيه العرف:

نعم لا اشكال ان شرط المودع لازم فلو تعداه كان تعديا سواء كان إهمالا بنظر العرف أم لا، و بعد هذا فلا حاجه بل لا فائده فى تكثير الأمثله، و ان أخذ الامانه معه فى السفر تعد أو تفريط، أو ليس كذلک؟ و كذا إذا وضع الدابه فى الإصطبل و ترک الباب مفتوحا و كذا إذا وضع الثوب أو الجوهر فى الغرفه و لم يضعه فى الصندوق أو الخزانه و هلم جرا.

نعم لا ريب فى انه لو أنكر الوديعه خرج عن الامانه و ضمر مطلقا، و لو رجع الى الاعتراف فهل ترجع صفه الامانه فلا يضمن لو تلفت بتلک الحال تلفا سماويا أو لا ترجع فيبقى الضمان على إطلاقه؟ المسأله فى غايه الاشكال و الأول أقرب من حيث القواعد، و الثانى أحوط و اللّه اعلم.

اما لو كان الإنكار لمصلحه كدفع ظالم، أو رد تهمه، أو خوف سارق و ما أشبه ذلک، فهو عين الامانه.

«ماده: ۷۸۰» الودیعه یحفظها المســتودع بنفسه أو یستحفظها أمینه کمال نفسه فإذا هلکت فی یده أو عند أمینه فلا ضمان علیه و لا علی أمینه.

اعلم ان الأصل الاولی، و القاعده الکلیه، هی حرمه کل تصرف یتصرفه المستودع فی الودیعه إلا مقدار ما نص علیه المودع و اذن فیه أو کان الإطلاق أو الانصراف یقتضیه، و معنی هذا ان کل تصرف یشک المستودع فی حلیته فهو حرام، و لو فعله مع الشک خرج عن الامانه، و صار ضامنا حتی مع عدم التعدی و التفریط، و علیه فالقدر المتیقن لحفظ بنفسه اما الحفظ بامینه من عیال أو غیرهم فان کان من غیر دفعها لهم بل کانت فی حوزته- کما لو وضعها فی صندوقه أو خزانته- و أمرهم بالمحافظه علیها من غیر دفع لهم و تسلیم فلا ینبغی الإشکال فی جوازه و لا ضمان علیه و لا علیهم لو تلفت من غیر تفریط، اما تسلیمها لهم بغیر اذن صریح أو مع الشک فی رضاه فغیر جائز و لو کانوا أمناء و حینئذ فلو تلفت کانت مضمونه، و للمودع الرجوع علی الودعی و علی أمینه الذی تلفت عنده و هو یرجع علی الودعی ان کان قد غره کما لو کان جاهلا، اما مع علمه فلا رجوع و یکون قرار الضمان علیه، اما لو رجع علی الودعی فلا رجوع له علی أمینه مع جهله و الا رجع علیه، و من کل هذا یظهر لک الخلل فی عباره (المجله) بإطلاق قولها فإذا هلکت فی یده أو عند أمینه فلا ضمان علیه و لا علی أمینه.

(ماده: ۷۸۱) للمستودع ان یحفظ الودیعه فی المحل الذی یحفظ فیه ماله.

تختلف مواضع حفظ الأموال، باختلاف أنواع الأموال، فموضع حفظ الدابه و هو الإصطبل- مثلا- غير محل حفظ الثياب و هو الصندوق أو الدولاب، و محل حفظ الدراهم و الجواهر و هو الحقيقه و صندوق الحديد غير محل حفظ الكتب و هو الخزانه، و هكذا فالواجب على الودعى أن يحفظ الوديعه فى المحل المتعارف لحفظها فلو تعداه ضمن، و المراد من المحل الذى يحفظ ماله هو هذا المعنى لا انه المحل الذى يحفظ ماله و ان لم يكن من المتعارف حفظها فيه فلو تسامح فى ثيابه فوضعها فى الغرفه و حقها ان تحفظ فى الخزانه كان ضامنا كما لا يجوز له ان يضع الوديعه أيضا فى الغرفه كما هو واضح، و لو كانت داره خربه أو قصيره الجدران فاللازم وضعها فى دار اخرى و هكذا سائر الجهات و الى ما ذكر تنظر ماده (۷۸۲) يلزم حفظ الوديعه فى حرز مثلها، بناء عليه وضع مثل النقود و الجوهرات فى إصطبل الدواب أو التبن تقصير فى الحفظ و بهذه الحال إذا ضاعت الوديعه أو هلكت لزم الضمان.

(ماده: ۷۸۳) إذا كان المستودع جماعه متعددين

فان لم تكن الوديعه قابله للقسمه يحفظها أحدهم بإذن الباقين أو يجعلونها مناوبه و بهاتين الصورتين إذا هلكت الوديعه بلا تقصير فلا ضمان على أحدهم و ان كانت قابله للقسمه يقسمها المستودعون بينهم بالسويه و كل منهم يحفظ حصته منها، و بهذه الصوره ليس لأحدهم أن يسلم

حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع.،

الميزان الصحيح هنا- هو ما أشرنا إليه من ان المدار على مقدار ما يستفاد من اذن المودع و رخصته لا على قضيه قابليه الوديعه للقسمه و عدم قابليتها فإنه مما لا اثر له فى المقام أصلا، فإن ظهر من مقال أو حال انه يريد التوزيع أو الشركه على نحو المجموع أو الجميع البدلى أو الشمولى لزم ذلك و لا يجوز التعدى، اما لو لم يظهر خصوص بعض الوجوه فالإطلاق يقتضى وجوب تحرى الأصلح فى حفظها عليهم جميعا، فان وجدوا القسمه أصلح قسموها مع الإمكان و الا فالمناوبه أو غيرها من الأساليب و لا ضمان عليهم لو تلفت بغير تفريط و أقصى ما عليهم اليمين انهم قد تحروا الأصلح بقسمه أو غيرها، و مع تعين القسمه من إطلاق أو تقييد فلو دفع أحدهم حصته للآخر و هلكت من غير تعد فهل يضمن أولا؟ و على الأول فعلى من يكون الضمان على المسلم أو المستلم؟ أما أصل الضمان فلا ينبغى الإشكال فى لزومه و ان نسب الى بعض فقهاء المذاهب عدمه، و لعله فى غير صوره التقييد، و اما الضامن فقد جعلته (المجله) المسلم حيث قالت:

و إذا سلمها فهلكت فى يد المستودع الآخر بلا تقصير منه فلا يلزمه الضمان، بل يلزم الذى سلمه إياها ضمان حصته منها.

و يعلل ذلك بان المستلم أمين المسلم عند أبى حنيفه- و الأمين لا يضمن.

و لو صح هذا لاقتضى سقوط الضمان عنهما معا، فان المسلم أيضا

أمين للمالك المودع، و لكنه لما خرج عن الأمانه بالمخالفه صارت يـده و ما يتفرع عنها من الأيـدى ضـمانيه و المالك حينئـذ- كما عرفت- مخير بين الرجوع على أى شاء منهما على قاعده توارد الأيادى أو الأيدى، أما رجوع أحدهما على الآخر فقد عرفت قريبا بيانه.

(ماده: ۷۸۴) الشرط الواقع فى عقد الإيداع إذا كان ممكن الاجراء و مفيدا يكون معتبرا و الا فهو لغو

الذى تقتضـيه القواعد كما سبق قريبا ان كل شرط يشترطه المالك المودع و يقبله الودعى و هو مقدور فهو لازم سواء كان مفيدا أو غير مفيد لان العقد وقع على هذه الصـفه فيلزم العمل به و ما عداه لا رخصه فيه و لا اذن من المالك فيكون حراما و ضامنا، و لكن القوم لما كان باب الاسـتحسان مفتوحا عنـدهم على مصـراعيه و كثيرا آخـذون بالاسـتحسان و يطرحون النص فما نحن فيه يوشـك ان يكون من هـذا القبيـل، و هو اجتهـاد فى مقابله النص، و على كل فالحق هو الضـمان إذا تخطى مورد الشـرط، الا مع العجز عن العمل على حـد ان (الضـروريات تبيـح المحظورات) نعم لو اشترط شـرطا و تبين انه لو عمل الودعى به لا وجب تلف العين يمكن القول بلغويته و عدم وجوب اتباعه على تأمل أيضا، و لعل من هذا القبيل ما ذكرته (المجله) بقولها:

مثلا إذا كان قـد شـرط وقت العقـد ان يحفظ المسـتودع الوديعه فى داره فنقلها المسـتودع الى محل آخر بسـبب وقوع حريق فى داره لا يعتبر ذلك الشرط، و بهذه الصوره

إذا نقلها فهلكت بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان، و كذا إذا أمر المودع المستودع بحفظ الوديعه و نهاه عن ان يسلمها لزوجته أو ابنه أو خادمه أو لمن يأمنه على حفظ مال نفسه فإذا كان ثمه أمر مجبر على تسليم الوديعه لأحد هؤلاء كان ذلك النهى غير معتبر، و بهذه الصوره أيضا إذا هلكت الوديعه بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان، و إذا سلمها بلا مجبوريه فهلكت لزمه الضمان، كذلك إذا شرط ان تحفظ فى حجره معينه فحفظها المستودع فى حجره غيرها فان كان حجر تلك الدار متساويه فى الحفظ لا يكون ذلك الشرط معتبرا، و حينئذ إذا هلكت الوديعه فلا ضمان و أما إذا كان بين الحجر تفاوت كان كانت احدى الحجر بنيت بالأحجار و الأخرى بالأخشاب فيعتبر الشرط و يكون المستودع مجبورا على حفظها فى الحجره التى تعينت وقت العقد و إذا وضعها فى حجره دون تلك الحجره فى الحفظ فهلكت يكون ضامنا.

فان الحريق فى المثال الأول، و المجبوريه المفروضه فى الثانى يصلح ان يكون وجها لمخالفه الشرط، نظرا الى ان مثل هذه الشروط مقيده بقيد عقلى ارتكازى، فإن اشتراط وضعها بالدار مقيد بما إذا كانت الدار احفظ لها، و كذا حفظه بنفسه، أما مع اليقين بتلفها لو بقيت فى الدار فلا محل للشرط، و لكن لا يتم هذا فى المثال الثالث فإنه إذا عين حجره تعينت سواء تساوت الحجر أو اختلفت.

نعم لو حصل اليقين بان بقاءها فى تلك الحجره يوجب تلفها جاز أو وجب مخالفه الشرط، اما لو تساوى بقاؤها و نقلها تعين بقاؤها بالشرط

فتدبره جيدا.

(ماده: ۷۸۵) إذا كان صاحب الوديعه غائبا غيبه منقطعه

بحيث لا يعلم موته و لا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها أو حياته.

و لا- يجوز ان يسلمها للوارث و لا- لغيره، نعم يجوز ان يسلمها لحاكم الشرع لولايته العامه و قد يتعين ذلك كما لو كانت مما يفسد بالمكث و دار الأمر بين ان تملك أو تباع و يحفظ ثمنها، فان اللازم دفعها اليه ليتولى ذلك، كل هذا حيث لا يكون للمودع وكيل خاص و الا وجب دفعها اليه لا لحاكم الشرع، و لو كان بقاؤها يفضى الى هلاكها فلم يبعها و لم يدفعها لحاكم الشرع أو لوكيله الخاص ضمن بلا اشكال لتقصيره فلا وجه لما ذكرته (المجله) بقولها فى ذيل هذه الماده:

إلا أنه إذا كانت الوديعه مما يفسد بالمكث فيبيعها المستودع بإذن الحاكم و يحفظ ثمنها امانه عنده، لكن إذا لم يبعها ففسدت بالمكث لا يضمن.

(ماده: ۷۸۶) الوديعه التى تحتاج إلى النفقه كالخيل و البقر نفقتها على صاحبها،

و إذا كان صاحبها غائبا فيرفع المستودع الأمر إلى الحاكم، و الحاكم حينئذ يأمر بإجراء الأنفع و الأصلح فى حق صاحب الوديعه فإن كان يمكن إيجار الوديعه يؤجرها المستودع برأى الحاكم و ينفق عليها من أجرتها أو يبيعها بثمن مثلها، و إذا لم يمكن

إيجارها فيبيعها فورا بثمن المثل، أو ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثه أيام ثم يبيعها بثمن مثلها، ثم يطلب نفقه تلك الأيام الثلاثه من صاحبها و إذا أنفق عليها بدون اذن الحاكم فليس له مطالبه صاحبها بما أنفقه عليها.

فلو تعسر أو تعذر مراجعه الحاكم و لم يتبرع هو و لا غيره مجانا أو بالعوض باعها بنفسه و أشهد عدلين على البيع و الثمن، و التقييد بثلاثه أيام لا وجه له، كل ذلك فى الغيبه المنقطعه، أما مع إمكان مراجعه المودع و إنذاره فان لم يرسل النفقه- إلى ثلاثه أيام أو أكثر حسب اختلاف الموارد- راجع المستودع الحاكم- الى آخر ما سبق.

(ماده: ٧٨٧) إذا هلكت الوديعه أو نقصت قيمتها بسبب تعدى المستودع أو تقصيره لزمه الضمان،

مثلا- إذا صرف المستودع نقود الوديعه فى أمور نفسه أو استهلكها ضمنها، و بهذه الصوره إذا صرف النقود التى هى أمانه عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود فى الكيس المعد لها فهلكت أو ضاعت و هو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعه السير فوق الوجه المعتاد أو بسبب آخر أو بلا سبب، و كذا يضمنها إذا سرقت، و كذا إذا وقع حريق و لم ينقل الوديعه إلى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحترقت ضمنها.

هذا كله مما لا اشكال فيه، انما فيما لو خرج عن الامانه و تاب و أعاد بدلها مثلا أو قيمه كما فى (المجله): ثم وضع بدل تلك

النقود فی الکیس المعد لها إلخ .. فلو تلفت بعد ذلک بدون تعد فهل یضمنها لارتفاع الائتمان بذلک أو لا یضمن لأنها عادت بالقصد الثانی- قضیه مشکله- و التحقیق فیها انک عرفت قریبا ان الأمانات علی ثلاثه أنواع.

الأول ما یکون القبض لمصلحه المالک فقط کالودیعه، و الوکیل بلا أجره، و عاریه الرهن، و ما فی هذا السبیل.

و هذا النوع مما تکون به ید القابض کید المالک لا ینبغی الإشکال فی عدم ضمانه لو صدقه المالک بالتلف و ادعی علیه التقصیر فلیس علیه الا الیمین، و مثل هذا فیما لو ادعی السرقه أو الرد أو نحوهما فان القول قوله بیمینه فی جمیع ذلک لانه محسن و أمین و (مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ) الا ان یثبت خلاف ما یقول بالبینه.

الثانی-: ما یکون لمصلحه القابض فقط، و القول هنا أیضا قول المالک لا القابض عکس الاولی، فلو خان المستعیر ثم عاد لا یرتفع الضمان عنه، لانه صار کالغاصب، و صارت یده ضمانیه و لا سبب لعود تلک الید الزائله و (الزائل لا یعود) و هذا أیضا مما لا ینبغی الإشکال فیه، انما الإشکال فی:

الثالث-: و هو ما کان القبض فیه لمصلحه الطرفین و ذلک کالإجاره و المضاربه و الوکاله بالأجره و ما جری علی هذا النهج، فلو تعدی المستأجر فی العین المستأجره ثم عاد الی ما استحقه بالعقد أو شرط علیه شرطا فخالفه ثم عاد الی العمل به، ثم تلفت بغیر تفریط فهل یضمنها

لانه صار كالغاصب أو لا لانه عاد إلى الأمانه؟ المسأله جد مشكله، و الذى ظهر لى من التتبع فى كلمات فقهائنا انهم لا يرتبون احكام الامانه أصلا على هذين القسمين، حتى قبل المخالفه، فلو ادعى السرقه أو الرد أو النقص يلزمه الإثبات و لا يقبل قوله بيمينه، بل القول قول المالك، و لا يقبل قول الأمين إلا فى القسم الأول الذى هو محسن و أمين نعم لو ادعى المالك عليه التفريط بعد تصديقه فى التلف أمكن الحكم بقبول قوله بيمينه فى جميع الأقسام الثلاثه، و وجه الفرق بين هذا و بين تلك واضح يظهر بالتأمل.

(ماده: ۷۸۸) خلط الوديعه بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها و تفريقها عنه، بدون اذن المودع يعد تعديا،

بناء عليه لو خلط المستودع دنانير الوديعه بدنانير له أو دنانير وديعه عنده لآخر متماثله بلا اذن فضاعت أو سرقت لزمه الضمان، و كذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط.

«تحرير هذا» ان فاعل الخلط اما المالك المودع أو المستودع أو الأجنبى فإن كان هو المالك فقد أبطل الإيداع و برئت ذمه المستودع من العهده، و ان كان هو المستودع أو الأجنبى فلا يخلو اما ان يكون بالمماثل جنسا المساوى قيمه أو الأعلى أو الأدنى و اما ان يكون بالمغاير جنسا و على كل التقادير اما ان يمكن التمييز و الإفراز، أو يتعذر أو يتعسر، فان كان الخلط بالجنس المساوى قيمه كخلط الحنطه بالحنطه المساويه، أو الدراهم بالدراهم، فالامانه بحالها إذ

لم يحدث بنظر العرف ما ينافى الحفظ فيقسمها و تبقى وديعه كما كانت و لو تلفت بلا تفريط لم يضمن، و ان كان بالجنس المتفاوت كحنطه جيده برديئه أو العكس فإن أمكن القسمه بالنسبه كثلث و ثلثين فكالأول و الا فكالخلط بالمغاير إن أمكن التمييز تعين كخلط الحنطه بالشعير الذى يمكن إفراز أحدهما بالماء فالشعير يطفو و الحنطه ترسب حيث لا يضر الماء و ان لم يمكن كان بحكم التلف و يتخير المودع حينئذ بين تغريم المستودع أو الأجنبى المثل أو القيمه أو البقاء على الشركه مع تغريمه أرش النقيصه أو عيب الشركه، و إذا غرم المثل أو القيمه صار المستودع أو الأجنبى شريكا مع صاحب المال المختلط انتقالا قهريا أو شركه قهريه هذا إذا بقى المال المختلط اما لو تلف بعد الخلط فالخالط ضامن للمودع مطلقا، سواء كان هو المستودع أو الأجنبى، لأن المستودع بتصرفه الغير المأذون به خرج عن الامانه و صار ضامنا، و لا ينافيه عدم الضمان لو تلفت بعد القسمه لأن الأمانه تعود بعد القسمه و إفراز المالين فليتدبر.

ثم ان الخلط و الامتزاج اما ان يكون اختياريا أو قهريا و الاختيارى اما ان يكون بإذن المودع أو بغير إذنه، اما بغير اذنه فقد تقدم و اما الواقع بإذنه أو قهرا فهو ما أنبأت عنه.

(ماده: ۷۸۹) إذا خلط المستودع الوديعه بإذن صاحبها على الوجه الذى ذكر فى الماده السابقه

أو اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق أحد المالين عن الآخر، مثلا-

إذا تهری الکیس الـذی فیه دنـانیر الودیعه داخـل صـندوق فیه دنـانیر أخر للمسـتودع ممـاثله لها فاختلط المالان اشترک صاحب الودیعه و المسـتودع بمجموع الـدنانیر کل منهما علی قـدر حصـته، و بهذه الصوره إذا هلکت أو ضاعت بلا تعد و لا تقصـیر فلا یلزم الضمان.

و حاصـلها ان الودیعه إذا اختلطت بمال المسـتودع أو غیره بإذن المودع أو قهرا صارت شـرکه اختیاریه أو قهریه و حکم الشرکه ان تلفت- کلا أو بعضا- یکون علی الشریکین و لا یضمن أحدهما للآخر إلا مع العدوان و حیث لا عدوان فلا ضمان.

و قـد اختلفت مـذاهب القـوم، فـالمنسوب الی أبی حنیفه: ان المـال کله یکـون للمسـتودع أو الأـجنبی و یضـمن حصه المودع و صاحبه أبو یوسف یقول: ان الکل یکون تابعا للأکثر و صاحبه یملک الجموع و یغرم للآخر.

و کلها أقاویل عاریه عن الدلیل، و الحق ما ذکرناه فی الشرکه و تجری فی الفرض المزبور أحکامها.

(ماده: ۷۹۰) لیس للمستودع إیداع الودیعه عند آخر بدون اذن و إذا أودعها فهلکت صار ضامنا،

ثم إذا کان هلاکها عند المسـتودع الثانی بتقصیر أو تعد منه فالمودع مخیر ان شاء ضمنها للمستودع الأول و ان شاء ضمنها للثانی فإذا ضمنها للمستودع الأول فیرجع علی الثانی بما ضمنها.

ظاهر العباره ان الضمان علی المستودع الأول فقط و هو قول

الحنفيه، لأن الثانى أمين الأول فلا رجوع عليه لا من المودع و لا من المستودع، أما بقيه فقهاء المذاهب فقد ذهبوا إلى أن المودع مخير بين الرجوع على الأول أو الثانى، فإن رجع على الثانى رجع الثانى على الأول و لا عكس، و هو قول الإماميه قاطبه، على قاعده توارد الأيدى على العين الواحده، هذا إذا هلكت عند الثانى بغير تفريط، اما لو هلكت بتفريطه أو تعديه فللمودع الرجوع على كل منهما اتفاقا و قرار الضمان على الثانى كما صرحت هذه الماده

(ماده: ۷۹۱) إذا أودع المستودع الوديعه عند آخر

بإذن المودع خرج المستودع الأول من العهده و صار الثانى مستودعا.

فلا رجوع على الأول لو تلفت عند الثانى مطلقا.

(ماده: ۷۹۲) كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعه بإذن صاحبها فله ان يؤجرها أو يعيرها و ان يرهنها أيضا،

و اما لو آجرها أو أعارها لآخر أو رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت أو نقصت قيمتها فى يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ضمن لو اختصر كل ذلك بكلمتين لكان أصح و أفصح فقال: كل تصرف من استعمال أو عقد على الوديعه بإذن صاحبها نافذ و بدونه باطل بل و ضامن ان دفعها الى المستأجر أو المستعير، و لا حاجه الى هذه التطويلات المممله أو المخله مثل:

(ماده: ۷۹۳) إذا أقرض المستودع دراهم الوديعه لآخر بلا اذن و لم يجز صاحبها ضمنها المستودع،

و كذا

لو أدى المستودع دين المودع الذى بذمته من الدراهم المودعه التى بيده فلم يرض المودع ضمن أيضا.

(ماده: ۷۹۴) يلزم رد الوديعه إلى صاحبها إذا طلبها

و مئونه الرد و التسليم اى مصارفهما و كلفتهما عائده إلى المودع و إذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع و هلكت أو ضاعت ضمنها المستودع لكن إذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئا عن عذر كان تكون حينئذ فى محل بعيد ثم هلكت أو ضاعت فلا يلزم الضمان.

عرفت قبلا ان الوديعه أمانه مالكيه فلا يجب ردها الا مع الطلب بنفسه أو وكيله فيردها له أو لوكيله فى خصوص الرد و كان ينبغى ان يضم إليها.

[ماده: ۷۹۵] يرد المستودع الوديعه بذاته أو على يد أمينه

و إذا أرسلها و ردها بواسطه أمينه فهلكت أو ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تقصير فلا ضمان

(ماده: ۷۹۶) إذا أودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص

ثم جاء أحد الشريكين فى غيبه الآخر و طلب حصته من المستودع فان كانت الوديعه من المثليات إعطاء المستودع حصته و ان كانت من القيميات لا يعطيه إياها.

منع أبو حنيفه من إعطاء أحدهما بدون حضور الآخر مطلقا و فصل صاحباه هذا التفصيل، و لعل نظرهما الى ان إعطاء حصته من المثلى كالطعام و نحوه لا ضرر فيه و قسمته ممكنه بسهوله بخلاف القيمى

كالعبد و الجوهر، و يؤخذ عليهما ان اللازم حينئذ جعل المدار على إمكان القسمه و عدمها لا على المثلى و القيمى إذ رب مثلى لا يمكنه كالثوب و نحوه.

و على كل فالحق هو المنع مطلقا لأن إعطاء حصه أحدهما قسمه و المستودع حسب الفرض غير مفوض عليها و لا مأذون بها فيضمن نعم لو اذنا له فى ذلك صح بلا اشكال، و لو دفع لأحدهما حصته فى صوره عدم الجواز فتلفت اشترك الاثنان فى الباقى و استقر الضمان على من تلفت الحصه فى يده و يشتركان أيضا فى بدلها.

(ماده: ۷۹۷) يعتبر مكان الإيداع فى تسليم الوديعه

مثلا- لو أودع مال فى (استانبول) يسلم فى (استانبول) أيضا و لا يجبر المستودع على تسليمه فى «ادرنه». و هذا واضح.

(ماده: ۷۹۸) منافع الوديعه لصاحبها

مثلا- نتاج حيوان الوديعه- أى فلوه و لبنه و شعره- لصاحب الحيوان.

هذا واضح لان منافع العين لمالكها و لا فرق فى ذلك بين المنافع العينيه كاللبن و الصوف و النتاج و بين الاعتباريه كسكنى الدار و ركوب الدابه.

و من الغريب هنا قول بعض الشراح.

أما غير المتولده كبدل الإيجار فهى إلى المستودع فإذا آجر المستودع الوديعه و أخذ أجرتها تكون له دون المودع و ان كانت غير طيبه و كذا إذا اتجر المستودع بالنقود المودعه و ربح بها فالربح له دون

المودع ا ه.

(ماده: ۷۹۹) إذا كان صاحب الوديعه غائبا ففرض الحاكم من الدراهم نفقه

لمن يلزم صاحب الوديعه الإنفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقه المفروضه من الدراهم المودعه لا يلزم الضمان، و أما إذا صرف بدون أمر الحاكم فيضمن.

و من المعلوم ان الحاكم لا يحكم بهذا الحكم الا بعد تحقق مقدمات.

(منها) استحقاق النفقه.

و (منها) عدم إمكان مراجعه المودع.

و (منها) عدم وجود مال آخر له و هكذا.

كما انه لو تعذر أو تعسر مراجعه الحاكم كان لنفس المستودع ان ينفق منها على واجب النفقه و لكن مع أخذ الوكيل على دفع بدلها لو تبين ان المودع كان قد دفع النفقه أو كان المنفق عليه غير مستحق.

(ماده: ۸۰۰) إذا عرض للمستودع جنون بحيث لا نرجى إفاقته

و لو صحوه منه و كان قد استودع مالا قبل جنونه ثم لم يوجد عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان يعطى كفيلا ماليا و يضمنها من مال المجنون، ثم إذا أفاق المجنون فادعى رد الوديعه لصاحبها أو هلاكها بلا تعد و لا تقصير يصدق بيمينه و يسترد ما أخذ من ماله بدل الوديعه.

هذه القضيه الفرضيه مرجعها الى الحاكم الذى هو ولى المجنون و هى منوطه إلى نظره، و كل تصرف يكون فى ماله من غير اجازه الحاكم

فهو حرام باطل حتى لو وجد المودع عين ماله- أى الوديعه- لا يجوز له أخذها إلا بمراجعه الحاكم على الأحوط الا فى بعض الصور.

(ماده: ۸۰۱) إذا مات المستودع و وجدت الوديعه عينا فى تركته تكون امانه فى يد وارثه فيردها لصاحبها

و اما إذا لم توجد عينا فى تركته فإن أثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعه فى حياته كان قال: رددت الوديعه لصاحبها، أو قال: ضاعت بلا تعد، فلا يلزم الضمان، و كذا لو قال الوارث: نحن نعرف الوديعه، و فسرها ببيان أوصافها ثم قال: انها هلكت، أو ضاعت بعد وفاه المستودع، صدق بيمينه و لا ضمان حينئذ، و إذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعه يكون مجهلا فتؤخذ الوديعه من تركته كسائر ديونه، و كذا لو قال الوارث، نحن نعرف الوديعه بدون ان يفسرها و يصفها لا يعتبر قوله: انها ضاعت، و بهذه الصوره إذا لم يثبت انها ضاعت يلزم الضمان من التركه.

لا- ريب ان الوديعه كالوكاله تبطل بموت كل من المودع و المستودع و حينئذ يجب على وارث المستودع بمجرد موته ان يرد العين الى المودع كما يجب على نفس المستودع ان يردها على وارث المودع لو مات لأنها خرجت عن الأمانه المالكيه و صارت شرعيه فلو لم يبادر الى ردها و تلفت ضمنها مطلقا حتى مع عدم التعدى و لا يصدق بدعوى التلف من غير تفريط حتى مع يمينه بل يلزمه الإثبات لو ادعى عدم التقصير فى المبادره على تأمل

و على كل فإطلاق (المجله) انها تكون امانه فى يد وارثه على إطلاقه غير سديد.

و كذا قولها: لو قال الوارث نحن نعرف الوديعه و فسرها إلخ.

فلو مات المستودع و لم يعلم حال الوديعه لا تؤخذ من تركته الا بعد إقرار الورثه أو إثباتها عند حاكم الشرع و يمين المودع انه لم يسترجعها

(ماده: ۸۰۲) إذا مات المودع تسلم الوديعه لوارثه

لكن لو كانت التركه مستغرقه بالدين فيرفع الأمر إلى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع.

(ماده: ۸۰۳) الوديعه إذا لزم ضمانها

فان كانت من المثليات تضمن بمثلها و ان كانت من القيميات تضمن بقيمه يوم لزوم الضمان.

عرفت مكررا انهم قسموا الأموال إلى مثليه و قيميه، و حكموا بأن المثلى يضمن بالمثل و القيمى بالقيميه، و عرفوا كلا منهما بتعاريف لا تخلو من نقاش، و ذكرنا ما عندنا فى هذا الموضوع، و ان الأصل فى ضمان كل مال هو المثل، فحيث يوجد مثله وجب مثليا كان أو قيميا و الا وجبت القيمه أيضا كذلك راجع (الجزء الأول) و لو أودع عنده سند الدين أو قباله المهر أو صك ملكيه الدار أشكل قضيه الضمان، و لكن إذا كان ضياع السند يوجب فوات الدين و جحود الدائن فيمكن دعوى لزوم ضمان الدين عليه لانه قد فات

علیه بسببه و ان کان لا یخلو من اشکال.

و قد أهملت (المجله) علی عادتها مسائل الخلاف و التخاصم بین المودع و المستودع و غیرها و ها نحن نذکر المهم فی مواد.

(۱) لو ادعی فی المال الذی بید شخص أنه ودیعه فأنکر فالقول قوله بیمینه.

(۲) لو اعترف بالودیعه و ادعی الرد أو التلف أو عدم التفریط أو الإنفاق علیها لحفظها أو اجره نقلها الی مکان حریز، أو ما یجری هذا المجری، ففی کل ذلک القول قول المستودع لما عرفت من انه محسن و أمین فیصدق بیمینه و ان کان مدعیا و لکن خرج عن قاعده المدعی بالإحسان.

(۳) لو أنکر الودیعه ثم اعترف بها و ادعی التلف لم یقبل قوله و علیه الإثبات لأنه خرج بالجحود عن الائتمان، و لکن لو ادعی ان الجحود کان لنسیان أو غرض آخر معقول یحلف علی ذلک و علی التلف أو الرد و یبرأ من الضمان، و هکذا لو ادعی الرد ثم ادعی التلف أو العکس (۴) لو اعترف ان المال لزید و لکنه ادعی الودیعه و تلف بلا تفریط فلا ضمان، و لو ادعی زید انه قد غصبه منه فالقول قول المقر بیمینه، و علی مدعی الغصب الإثبات.

(۵) لو اعترف انه له و لکنه عاریه یملک منافعها و ادعی المالک انه ودیعه فمنافعها له فالقول قول مدعی العاریه بیمینه علی تأمل (۶) لو اعترف انه له و ادعی المالک انه إجاره و ادعی

المعترف أنه وديعه فالقول قوله بيمينه.

(۷) لو كان له عليه دين و له عنده وديعه بقدره فدفع ذلک المبلغ و قال: هو دينک و الوديعه تلفت يقبل قوله بيمينه.

(۸) لو ادعى اثنان ان العين التى هى بيد زيد وديعه لهما فاما ان يصدقهما فيدفعها لهما أو يعترف بها لأحدهما المعين أو المردد أو ينكرهما معا، فان اعترف بها لمعين دفعها له و انحصرت بينه و بين الآخر الدعوى ان ادعى كل منهما الاختصاص و الا اشتركا.

و ان اعترف لأحدهما المردد بقيت بيده الى ان تنتهى الدعوى بينهما فيدفعها لمن حكم له الحاكم، و ان أنكرهما معا توجه اليمين عليه لكل واحد منهما، فان لكل حلفا و كان المال بينهما ان ادعيا الاشتراک، و الا بقى بيده أو يدفعه للحاكم الى ان تنتهى الخصومه بينهما، و ان حلف لواحد و نكل عن الآخر حلف و أخذ المال، و لو نكل حلف الآخر و أخذه (۹) لو تنازعا فقال أحدهما للآخر: ان الذى دفعته لى هو دينى عليك، و قال الآخر: بل هو وديعه يلزمک ان تردها لى و المسأله لا تخلو من غموض و لا يبعد ترجيح قول مدعى الوديعه لأصاله عدم الدين و لاعترافه بان يده متفرعه و مسبوقه بيد الآخر، و مع ذلک فهى محتاجه إلى التأمل.

و لعل هناک صورا اخرى للخلاف و فى ما ذكرنا كفايه.

الباب الثالث (فی العاریه)

اشاره

(و یشتمل علی فصلین)

(الفصل الأول) فی (المسائل المتعلقه بعقد الإعاره و شروطها)

اشاره

[و هاهنا مباحث]

(الأول) ان (المجله) أدمجت العاریه فی مباحث الودیعه،

و جعلتها- أی العاریه- بابا من أبواب الودیعه نظرا للقدر الجامع بینهما، و انهما من أصل واحد- و هو الامانه- و غفلوا عن البون الشاسع بینهما، و الفرق العظیم، و ان الودیعه ضد العاریه تماما ضروره أن الودیعه ائتمان المالک، و العاریه ائتمان لمصلحه القابض و لهذا اختلفا فی الأحکام فدعوی الرد یقبل بالیمین فی الودیعه، و لا یقبل فی العاریه، و کذا دعوی التلف و نحوه.

و «الحاصل» الاولی أفراد العاریه بکتاب مستقل کما صنعه

عامه فقهائنا، و هـذا سـهل لا أهميه له، انما المهم و المشـكل جـدا معرفه ان العاريه عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول، أو هو إيقاع يكفى فيه الصيغه من المالك، و لعل هذا يبتنى على قضيه تعرف حقيقه هذا العقد و انه هل هو تمليك المنافع أو إباحه و رخصه فى الانتفاع لا غير فهى على الأول عقـد و على الثانى إيقاع، و عنـد تـدقيق النظر، و تعمق الفكر لا تجـد العاريه عنـد العرف تفيد أكثر من جواز الانتفـاع لا أقل و لا أكثر و ليس لها نظر الى قضـيه التمليك أصـلا، و كـذا لو ان المسـتعير وهب المنافع أو صالح عليهـا أو نقلهـا بغير اذن المالـك أو إجـازته إلى الغير بأحـد الأسـباب النـاقله كان ذلك عـدوانا منه و عملا باطلا، و لو انه ملك المنافع بالعاريه لجاز له كل ذلك فليتدبر.

(الثانى) انهم ذكروا ان (العاريه) تشدد و تخفف- من التعاور

بمعنى التـداول من يـد الى يـد مثلها العاره و الجمع عوارى و فعلها اعتور أو من أعاره اعاره بمعنى أخـذه و ذهب بسـرعه و ربما رجع الى الأول أو من عراه بمعنى قصده أو من العار و هو اروهن الجميع فان العار بائى و العاريه و أوى و لذا تجمع على عوارى و لاـ يحسن اطـاله البحث فى هـذا فـان معنى العـاريه اسـتعمالا عنـد الشـرع و العرف اجلى من كـل تلـك المآخـذ، و له اطلاقان (أحدهما) عند المتشرعه اعنى الفقهاء حيث يقولون كتاب العاريه و احكام العاريه و أمثال ذلك فإنهم يريدون به ذلك العقد أو الإيقاع الذى يفيد تمليك المنافع أو إباحتها مجانا (ثانيهما) عند

العرف حیث یقولون هـذا الثوب عـاریه و هـذا الکتـاب مسـتعار أو عـاریه و یریـدون به العین التی أباح المالک منافعها أو ملکها لغیره مجانا فهی تطلق علی اسم المعنی مره و علی اسم العین اخری و أصـح مأخـذها التعاور بمعنی التداول سواء جعلناها مصدرا أو اسم مصدر أو اسم عین.

(الثالث) ان الظاهر من مصادیق العاریه المتداوله بین الناس انها إباحه الانتفاع بالعین مجانا

فهی إلی الإیقاع أقرب منها الی العقد و لکن المشـهور بین الفریقین انها من العقود و هو صریح المجله ماده «۸۰۴» الإعاره تنعقد بالإیجاب و القبول و بالتعاطی مثلا لو قال شخص لآخر أعرتک مالی هذا أو قال أعطیتک إیاه عاریه فقال الآخر قبلت أو قبضه و لم یقـل شـیئا أو قال رجل لإنسان أعطنی هـذا المال عاریه فأعطاه إیاه انعقـدت الإعاره، و هـذا هو الـذی یظهر من «المحقق» فی الشـرائع حیث قال رضوان اللّه علیه: و هی عقد ثمرته التبرع بالمنفعه- و لکنه أصاب حیث قال فی آخرها: و لا یجوز اعاره العین المستعاره إلا بإذن المالک و لا إجارتها لأن المنافع لیست مملوکه للمستعیر و ان کان له استیفاؤها (انتهی) و قد رد بهذا کل من توهّم أو عبر عن العاریه بأنها تملیک المنفعه للمستعیر و من تأمله وجده کالصریح فی ان حقیقتها إیقاع و ان وقعت بصوره العقد و اشـتملت علی الإیجاب و القبول فإنه صوره عقـد لا عقـد حقیقه و لا ینبغی الریب فی هذا کما لا ریب فی جریان المعاطاه فیها عقدا کانت أو إیقاعا فالعقد یقع کما تشعر به هنا عباره «المجله»

بکـل مـا دل علیهـا من الألفاظ شأن العقود الجائزه عموما و ان کان أقصـی ما تنتهی العاریه إلیه هو الأذن- و الاذن لا یحتاج إلی إیجاب و قبول، و أیضا فإن العقود التزامات و تعهـدات و العاریه لا التزام فیها و لا تعهد نعم لا مانع من وقوعها بصوره العقد کما عرفـت. و مـن الغریـب ان السـید الأسـتاد قـدس سـره فی (العروه) تردد فی جملـه مـن العقـود الـتی لاـ ینبغی الریب فی عقیـدتها کالضـمان و الحواله و الوکاله ثم جزم أخیرا بأنها إیقاعات و لم یـذکر العاریه منها و هی أحق بالـذکر و الجزم بکونها إیقاعا أما تلـک العقود فلاـ ریب فی کونهـا عقودا و لاـ سـیما الضـمان و الحواله، و علی کـل فإحراز الرضا الفعلی من المالک قولا و فعلا بانتفـاع شـخص بمـاله کاف فی جواز التصـرف و الانتفاع و یکون عاریه و تجری علیه أحکامها سواء کانت عقـدا أو إیقاعا کما صرح به المحقق فی عبارته المتقدمه فتدبره جیدا.

ماده «۸۰۵» سکوت المعیر لا یعد قبولا

فلو طلب شـخص من آخر اعاره شی ء فسکت ثم أخذه المستعیر کان غاصبا،،، السکوت لا یعد قبولا و لا یدل علی الرضا الا فی موارد مخصوصه یکون شاهـد الحال فیها دلیلا علی الرضا اما السـکوت بذاته فلا یدل علی شـی ء و قد تقدم فی الجزء الأول فی القواعد الکلیه، ماده (۶۷) لا ینسب الی ساکت قول لکن السکوت فی معرض الحاجه بیان.

و القصاری انه لا خصوصـیه فی العاریه و لا غیرها فی عـدم الاکتفاء بالسـکوت و ان المدار فی جمیع موارده علی القرائن الحالیه فإن دلت علی

الرضـا فهـو و الاـ فالسـكوت ليس لـه أى أثر، و مـن هنـا ينـدفع سـؤال الفرق بيـن الـوديعه و بيـن العـاريه حيث اكتفت (المجله) بالسـكوت فى الأـولى دون الثـانيه كما نصت عليه ماده (۷۷۳) فـان القرينه هنـاك دلت على الرضـا لا السـكوت و لو حصل فى العاريه لكفى لكنها فى الغالب لا تحصل فافهم هذا جيدا.

ثم ان من المتفق عليه ان العاريه كالوديعه عقدا كانت أو إيقاعا جائزه بمعنى ان للمعير أن يرجع متى شاء لأنها فى الحقيقه ليست إلا الاذن بالتصـرف كما عرفت و تعرف فى ماده (۸۰۶) و للمسـتعير أن يرجع عن الإعاره متى شاء، و ماده (۸۰۷) تنفسخ الإعاره بموت المعير و المستعير.

بل يرتفع الاذن بموت أحدهما لزوال الموضوع و التعبير بالانفساخ تسامح

ماده (۸۰۸) يشترط كون المستعار صالحا للانتفاع به

بناء عليه لا تصح اعاره الحيوان الناد الفار و لا استعارته،،، ان كان الحيوان الفار مما يستبعد فى العاده عوده كالطير الوحشى الذى صاده ثم طار أو السمك الذى رجع الى الماء كانت العاريه لغوا لعدم موضوع لها و ان كان مما يمكن عوده عاده أو يمكن و لو للمستعير تحصيله فلا مانع من صحه العاريه.

ماده (۸۰۹) يشترط كون المعير و المستعير عاقلين مميزين

و لا يشترط كونهما بالغين بناء عليه لا يجوز اعاره المجنون و لا الصبى غير المميز أما الصبى المأذون فيجوز إعارته و استعارته

اعتبار قیـد التمییز بعـد اعتبار قید العقل مسـتدرک عند اولی التمییز اما عند الإمامیه فالبلوغ معتبر فی جمیع المعاملات و لا یکفی التمییز إلا ـ فی موارد مخصوصه کوصـیه من بلغ عشـرا و نحوهـا من اعمـال البر و المعروف و یمکن علی القول بأن العاریه إباحه اندراجها فی ذلک علی تأمل.

ماده (۸۱۰) القبض شرط فی العاریه

فلا حکم لها قبل القبض، لم نجد لفقهائنا و لا لفقهاء المذاهب نصا علی هذا الشـرط و بناء علی کونها عقدا فحال القبض بالنسبه إلیها حال سائر العقود اما بناء علی کونها إباحه و رخصه فلا معنی لاعتبار القبض فیها أصلا کما هو واضح

ماده (۸۱۱) یلزم تعیین المستعار

و بناء علیه إذا أعار شـخص احـدی دابتین بـدون تعیین و لا تخییر لا تصـح الإعاره بل یلزم ان یعین المعیر منهما الدابه التی یرید إعارتهـا لکن إذا قال المعیر للمسـتعیر خـذ أیهما شـئت عاریه و خیره صـحت العاریه،،، لیس معنی هـذا لزوم التعیین بل معناه ان الإبهام مفسـد للعاریه فإذا أعاره احـدی الـدابتین و جعل الخیار له أو للمسـتعیر صـح لعـدم الإبهام فتتوجه العاریه الی ما یقع علیه الاختیار اما لو أعاره واحده منهما من دون تعیین و لا تخییر بطلت للإبهام فتأمله فإنه لا یخلو من دقه.

الفصل الثانی (فی بیان أحکام العاریه و ضماناتها)

ماده (۸۱۲) المستعیر یملک منفعه العاریه بدون بدل

بناء علیه لیس للمعیر ان یطلب من المستعیر اجره بعد الاستعمال،،، هذا هو قوام حقیقه العاریه و هو اما إباحه المنافع أو تملیکها بلا عوض و هذا هو الفارق بینها و بین الإجاره

ماده (۸۱۳) العاریه امانه فی ید المستعیر

فإذا هلکت أو ضاعت أو نقصت قیمتها بلا تعد و لا تقصیر لا یلزم الضمان مثلا إذا سقطت المرآه المعاره من ید المستعیر قضاء بلا عمد أو زلقت رجل المستعیر فانصدمت علی مرآه فانکسرت لا یلزمه الضمان و کذا لو وقع علی البساط المعار شی ء فتلوث به و نقصت قیمته فلا یضمن،،، من الشائع المعروف علی السنه المتفقهه عندنا ان العاریه لا تضمن إلا عاریه الذهب و الفضه و الا مع الشرط و هی العاریه المضمونه و الظاهر ان هذا مما تفردت به الإمامیه فقد تظافرت نصوص أهل البیت (ع) ان العاریه لا تضمن الا ما کان من ذهب أو فضه فهی مضمونه الا ان یشترط عدم ضمانها فأسباب ضمان العاریه ثلاثه (الأول) التعدی

و التفريط (الثانى) اشتراط ضمانها (الثالث) كونها من ذهب أو فضه و ان لم يشترط الا ان يشترط عدمه و موارد التعدى لا تعد و قد أشارت المجله الى بعضها فى ماده (۸۱۴) إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العاريه ثم هلكت أو نقصت قيمتها فبأى سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان الى قولها: و كذلك إذا استعار إنسان حليا فوضعه على صبى و تركه بدون ان يكون عند الصبى من يحفظه فسرق الحلى فإن كان الصبى قادرا على حفظ الأشياء التى عليه لا يلزم الضمان و ان لم يكن قادرا لزم المستعير الضمان،،، كل ذلك لان التقصير و التجاوز يخرجه عن الامانه فيكون ضامنا مطلقا سواء كان التلف سماويا بعد ذلك أو غير سماوى كما ان وضع الحلى المستعار على الصبى بغير اذن المعير تقصير يوجب الضمان بالتلف مطلقا.

ماده (۸۱۵) نفقه المستعار على المستعير،

بناء عليه لو ترك المستعير الدابه المعاره بدون علف فهلكت ضمن، تقدم فى صفحه ۱۶۶ من الجزء الثانى احتمال ذلك و لكنه محل نظر بل الأصل الأولى يقتضى كونها على المالك و الا كانت أشبه بالإجاره التى هى تمليك بعوض هذا مع الإطلاق اما مع الشرط فلا ريب انه هو المتبع.

ماده (۸۱۶) إذا كانت الإعاره مطلقه اى لم يقيدها ..

حاصل هذه الماده و التى بعدها ان العاريه تاره تقع مطلقه فتقيد بالعرف و العاده فلو تجاوزهما و عطبت ضمن و تاره تقع مقيده فلو تجاوز القيد

ضمن مطلقـا سواء تجـاوزه إلى المسـاوى أو الأعلى أو الأدنى و لا حاجه الى كل ذلك التطويل، و من هنا تعرف الخلل فى ماده (۸۱۸) إذا قيدت الإعاره بنوع ..

فان ذكر المعير لنوع من الأنواع ان كان على نحو القيديه لا يجوز التجاوز عنه حتى إلى الأدنى و الأخف لعدم الاذن فيه غايته ان قرائن المقـام غالبـا تـدل على ان المراد بالقيـد هو التحديـد بالنسـبه إلى الأشـد لا ـ الأ ـخف و ان الملحوظ رعـايه العنايه بالعين و المحـافظه عليهـا امـا مع الشك و عـدم القرينه المفيـده للعلم فلا يجوز التعـدى. و أوهى من هـذا كله ما فى ماده (۸۱۹) إذا كان المعير أطلق الإعاره بحيث لم يعين ..

فقـد مرت عليـك الإشـاره الى أن إطلا ـق العـاريه يقتضـى اقتصار المسـتعير فى الانتفاع بنفسه و لا يجوز التعـدى إلى غيره الا ان يصـرح له بالتجاوز فإن العاريه سواء كانت تمليكا أو إباحه هى على خلاف الأصل لأنها تمليك مجانى، فالقـدر المتيقن من قول المالك أعرتك حجرتى جواز سـكناه فيها بنفسه أو مع من يتصل به عاده و لا يشمل الأجنبى قطعا و لو أعاره الفرس لا يجوز ان يـدفعها المسـتعير ليركبها غيره الا مع تصـريح المالك، و من هذا يظهر الاضـطراب فى ماده (۸۲۰) يعتبر تعيين المنتفع فى إعـاره الأشياء التى تختلف باختلاف المستعملين و لا يعتبر فى إعاره الأشياء التى لا تختلف به الا انه ان كان المعير نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره فليس للمعير ان يعيره لآخر يستعمله، مثلا

لو قال المعير للمستعير أعرتک هذا الفرس لترکبه أنت فلیس له ان یرکبه خادمه، و أما لو قال له أعرتک هذا البیت لتسکنه أنت کان للمستعیر ان یسکنه و ان یسکن فیه غیره، لکن إذا قال له أیضا لا تسکن فیه غیرک فلیس له حینئذ ان یسکن فیه غیره.

و مجال النظر فیها من وجهین (الأول) ان اعتبار تعیین المنتفع فی إعاره الأشیاء التی تختلف باختلاف المستعملین ممنوع بل غایته ان المعیر ان عین شخصا تعین و ان أطلق انصرف الی المستعیر بنفسه و لا یجوز ان یتجاوز الی غیره (الثانی) ان جعل الفرس مما یختلف و البیت مما لا یختلف أیضا محل منع فان الساکنین أیضا یختلفون باستعمال البیوت فلو قال له أعرتک البیت فظاهر هذا اختصاص العاریه به فلا یجوز ان یسکنها صدیقه أو قریبه إلا بإجازه صریحه خاصه أو عامه (و القصاری) ان المتبع مقدار الأذن و أخذ المتیقن من کلامه، و کل مورد یشک فیه فالأصل عدم الجواز و علیه یبتنی ماده (۸۲۱) لو استعیر فرس بان یرکب الی محل معین الی آخرها.

فإن العاریه و الأذن مع الإطلاق ینصرف الی المتعارف و یبقی غیره مشکوکا و الأصل عدم الجواز فلو تجاوز المتعارف ترتب الضمان علیه بالتلف حتی مع عدم التعدی و التفریط.

ماده «۸۲۲» إذا طلب شخص من امرأه اعاره شی ء هو ملک زوجها فاعارته إیاه بلا اذن الزوج فضاع

فان کان ذلک الشی ء

مما هو داخل البيت و فى يد الزوج عاده لا يضـمن المسـتعير و لا الزوجه أيضا و ان لم يكن ذلك الشى ء من الأشياء التى تكون فى يد النساء كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجه و ان شاء ضمنه للمستعير.

العباره مضافا الى سوء التعبير من حيث العربيه فى ضـمنه لزوجه- قاصره عن بيان المراد، و محصلها ان المرأه إذا أعارت شيئا من أثاث البيت الذى هو فى ملك الزوج و لكنه فى يدها لانه من مرافق الحياه البيتيه فاعارته و تلف عند المسـتعير من غير تقصير فلا ضمان عليها و لا على المسـتعير و ان لم يكن فى يدها كالفرس و الكتاب مثلا فالزوج مخير بين تضـمين الزوجه و ترجع على من تلف المال بيده أو تضمين المستعير فان كان مغرورا منها رجع عليها و الا فلا و لكن عدم الرجوع فى الشق الأول مشروط بوجود اذن الفحوى و قرائن الحال برضا الزوج ان تعير شـيئا مما فى يدها من أمواله و الا فهى ضامنه أيضا و من هنا تعرف القصور أيضا فى عباره المجله هنا لفظا و معنى.

ماده (۸۲۳) ليس للمستعير ان يؤجر العاريه و لا ان يرهنها

بـدون اذن المعير فـإذا اسـتعار مالاـ ليرهنـه على ديـن فى بلـد فليس لـه ان يرهنه على دين فى بلـد أخرى فـإذا رهنه فهلـك لزمه الضمان.

و هـذا يكشف عن عـدم ملكيه المسـتعير للمنافع و الا فلو كان مالكا لها لجاز نقلها الى غيره بإجاره و صـلح أو غيرهما اما الرهن فلا يصح بدون الأذن الصريح لان الرهن يقف على المالك و المستعير غير مالك

ماده (۸۲۴) للمستعير ان يودع العاريه عند آخر

فإذا

هلکت فی ید المستودع بلا تعد و لا تقصیر لا یلزم الضمان مثلا إذا استعار دابه علی ان یذهب بها الی محل کذا ثم یعود فوصل الی ذلک المحل فتعبت الدابه و عجزت عن المشی فأودعها عند شخص ثم هلکت حتف أنفها فلا ضمان، هذا علی إطلاقه ممنوع بل هو مقید بصوره الحاجه و الضروره و حیث یتوقف الحفظ علی إیداعها اما مع عدم ذلک فلا یجوز له ان یودعها عند الغیر فإنه تصرف غیر مأذون فیه فلو تلف کان مضمونا.

ثم ان المواد المذکوره هنا فی المجله من ماده (۸۲۵) إلی (۸۳۱) کلها واضحه لا تعلیق لنا علیها سوی الماده الأخیره «۸۳۲» إذا کانت إعاره الأرض للزرع سواء کانت موقته أو غیر موقته لیس للمعیر ان یرجع بالإعاره و یسترد الأرض قبل وقت الحصاد،،، هذا یوشک ان یکون تهافتا مع الماده التی قبلها الظاهره فی أن له الرجوع فی الموقته مطلقا غایته انه یضمن التفاوت.

ثم ان العاریه إذا کانت موقته الی شهر مثلا و تأخر وقت الحصاد بعده الی شهرا و اثنین ثم رجع المعیر فاللازم علی المستعیر اما ان یقلع الزرع و یجعله قصیلا أو یعطی اجره المده الباقیه إلی الحصاد و کذا لو کانت غیر موقته فإن عدم التوقیت لا یجعلها لازمه علی المعیر بل له الرجوع متی شاء علی أصل قاعده العاریه المطلقه نعم فی الموقته یمکن ان یقال انه لا یجوز له الرجوع فی أثناء المده لأن التوقیت کالتزام

ضمنی فلا بد من الوفاء به و یمکن المناقشه فیه بأنه و ان کان التزاما لکنه غیر لازم و لا وقع شرطا فی ضمن عقد لازم،،، الی هنا انتهت مباحث العاریه (و للّه الحمد و المنه)

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

الكتاب السابع فى الهبه

اشاره

يشتمل على مقدمه و بابين

المقدمه فی بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالهبه

اشاره

ماده (۸۳۳)

الهبه:

تمليک مال لآخر بلا عوض و يقال لفاعله واهب، اعلم ان معنى الهبه و مشتقاتها حسب استعمالاتها اللغويه واسع الى مدى شاسع و أقرب عباره تعرب عنه هو العطاء و النحله المشوب برشحه من الإحسان و التفضل سواء كان المعطى مالا أو غيره عينا أو غيرها فيصح ان تقول بلا تكلف و عنايه وهبتک ودی كما تقول وهبتک مالى و يصح ان تقول وهبنى اللّه ولدا كما تقول وهبنى عزا و ملكا (فَهَبْ لِی مِنْ لَدُنْکَ وَلِيًّا يَرِثُنِی)- (وَ وَهَبْنا لَهُ إِسْحاقَ وَ يَعْقُوبَ) كلها استعمالات حقيقيه لا تجوز فيها أصلا، نعم اختصت الهبه فی لسان الشرع و المتشرعه بتمليک العين بلا عوض كما سيأتی و هو المراد هنا،،، و كما ان البيع و الإجاره هما أصل عقود المعاوضات أی الأصل فی مبادله المال

بالمال فكـذلك الهبه و العاريه هما الأصل فى عقود المجانيات و هما أظهر و أشـهر ما يقع به تمليك العين أو المنفعه بلا عوض بناء على اندراج العاريه فى العقود على المشـهور- و ان كان الأصح عندنا ان حقيقتها اذن و إباحه كما سبق، و على كل- فالهبه هى الأصـل فى تمليـك الأعيان بلا عوض. فالهبه فى الأعيان كالعاريه فى المنافع، و العاريه- الأصل فى إباحه المنافع أو تمليكها مجانا. و قـد شاع عنـد الفقهاء تعريف الهبه بأنها تمليك مال بلا عوض و فيه نوع تسامـح و إجمال يحتاج الى توضـيح و تشـريح فنقول- ان تمليـك المـال عينا أو منفعه بل أو حقا حيث يكون من الحقوق القابله للانتقال- اما ان يكون بإزاء عوض مالى أولا- فالأول يقع بعقد البيع و الإجاره و الصـلح- و الثانى و هو التمليك بغير عوض مالى اما ان يكون بعوض لنفس التمليك فهو الهبه المعوضه فإن العوض فيها كما عرفت لنفس الهبه لا للعين الموهوبه- و من هنا دخلت الهبه المعوضه فى مطلق الهبه و صارت من أقسامها.

و امـا ان يتجرد عن العوض المـالى فامـا ان يكون بقصـد الأـجر و الثواب و هو الصـدقه بـالمعنى العام- فان كان تمليكا طلقا فهو الصـدقه بـالمعنى الخـاص. و ان كـان تمليك العين مقيـدا ببقائها و دوامها اى وقوفها و عـدم نقلها فهو الوقف. و ان كان للمنفعه فقط مـده عمر أحـدهما أو مـده معينه فهى العمرى أو الرقبى و اما ان يتجرد حتى عن الأجر فإن كان بصوره العقـد إيجابا و قبولا فهى الهبه و اما ان يكون بصوره الإرسال من غير عقد فهو الهديه و ان لم يكن لا هذا و لا ذاك فهو العطيه و ان

كانت لرحم فهو النحله، هـذه أصول معانى هذه الألفاظ بحسب وضـعها اللغوى، و قد يقوم بعضـها مقام بعض بحسب استعمالها العرفى، و لكن قد اتضح لك ان تمليك المال بلا عوض الذى عرفوا به الهبه هو القدر الجامع و المقسم الكلى الذى يعم الهبه و غيرهـا حتى الصـدقه و الوقف فضـلا عن الهـديه و العطيه و الأمر فى كل ذلك سـهل انما المهم ان تعرف ان جميع هـذه الأقسام داخله فى التمليـك المجـانى فلاـ يشـتبه عليـك الأـمر بالإبـاحه و الرخصه و الاـذن بالانتفـاع فإنها اجمع أجنبيه عن تلك الأنواع بالكليه و هى فى قبالها حتى الرخصه فى أكل المال و استهلاكه فتدبره.

و قـد تحصـل من جميع ذلـك ان الهبه عقـد يفيـد تمليك المال فعلا بلا عوض له أصـلا، فيخرج الهـديه و العطيه و النحله لأنها ليست عقودا.

و الوصـيه فإنهـا و ان أفـادت التمليـك المجـانى و لكن معلقا على الموت لا فعلا كما خرج بقيـد عـدم العوض البيع و الإجاره و الصلح و الوقوف و الصـدقات و دخلت الهبه المعوضه فإنهـا تمليـك مـال بلاـ عوض للمـال. اما الرشوه فهى عطيه و لكنها عطيه محرمه و العطايا المحرمه كثيره. نعم يبقى الكلام فى العاريه فإن جعلناها عقـد تمليك للمنافع و عممنا الهبه للمنافع تـداخلتا و ان خصصنا الهبه بالأعيان أو جعلنا العاريه إذنا و إباحه لا عقدا و لا تمليكا افترقتا.

(ماده: ۸۳۴)

الهديه:

هى المال الذى يعطى لأحد أو يرسل إليه إكراما، و قد عرفت ان الغالب فى الهديه الإرسال و هو غير العطيه و قد يستعمل الهديه فى مورد الإعطاء تسامحا.

ماده (۸۳۵)

الصدقه:

هی المال الذی وهب لأجل الثواب.

يعنی العطاء الـذی يقصـد به القرب الی اللّه جـل شـأنه و طلب المثوبه منه و لاـ يلزم فيهـا الإيجاب و القبول و تلزم بمجرد الـدفع بقصـد القربه مع القبض و هـذه هی الصـدقه بالمعنی الخاص بل الأخص الـذی يمتاز عن الوقف و أخواته من الصـدقات التی لا تتحقق الا بالعقد عند المشهور

ماده (۸۳۶)

الإباحه:

اشاره

عباره عن إعطاء الرخصه و الاذن لشـخص ان يأكل أو يتناول شيئا بلا عوض، و هذا غير التمليک و الفرق مثل الصبح واضح فان المالک يتصـرف کيف شاء و المأذون لا يتصرف الا علی حد الاذن و مقدار الرخصه فلا يقدر علی البيع فضلا عن غيره الا بإذن خاص.

الباب الأول (فی بیان المسائل المتعلقه بعقد الهبه

و یشتمل علی فصلین) الفصل الأول فی بیان المسائل المتعلقه برکن الهبه و قبضها الکلام فی الهبه یلزم ان یقع فی أربع نواح- الواهب- الموهوب له العین الموهوبه- عقد الهبه و شروطه و حکمها من جواز أو لزوم أو غیرهما و قد تعرضت «المجله» للعقد أولا و هو رکنها الأعظم فی

ماده (۸۳۷) تنعقد الهبه بالإیجاب و القبول و تتم بالقبض،،،

اعلم ان جمیع العقود المجانیه التی مر علیک عناوینها لا- یترتب علیها أی أثر إلا- بعد القبض فهو رکنها الأعظم و شطرها أو شرطها الأهم، ای أهم حتی من الإیجاب و القبول الا تری- ان الهبه مثلا یترتب علیها أثرها المهم و هو التملیک بغیر إیجاب و قبول کما لو أنشأ الهبه بالإعطاء مع القبض فإنها تفید الملکیه کما تفیدها المعاطاه فی البیع علی المشهور بخلاف ما لو حصل الإیجاب و القبول بدون قبض فإنه لا اثر لهما أصلا فرکنیه القبض فی هذه العقود أهم من رکنیه الإیجاب و القبول بل ینسب الی بعض عدم الحاجه الی القبول و کفایه الإیجاب، وحده فتکون عنده من

الإيقاعات و هو شاذ. اما اعتبار القبض فى مطلق العقود المجانيه و خصوص الهبه فالظاهر انه موضع اتفاق المسلمين و عند عامه المذاهب و اخبار الفريقين به متظافره. و فى النبوى المشهور (لا- تجوز الهبه إلا- مقبوضه) و لعل حكمه التشريع فى ذلك ان الشارع الحكيم حيث وجد المجانيات محض تفضل و إحسان و بذلا للمال بلا عوض أراد ان يعطى الواهب الباذل فسحه للرؤيه. و مجالا للتدبر و ربما بدا له العدول بعد الإيجاب و القبول، فلو لزم عليه بالقول وحده لكان ضيقا و حرجا عليه و تضييعا لماله لذلك لم يكتف بالقول حتى يتبعه بالفعل اعنى الدفع من الباذل و القبض من المبذول له «و لو قيل» يكفى لهذا الغرض جعل العقد جائزا فيرجع متى شاء (قلنا) أ ليس الرجوع بعد حصول الملكيه قبيحا شرعا كما هو كذلك عرفا، و الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه فدفعا لهذا القبح و هذه الحزازه لم يجعل العقد بنفسه مؤثرا أصلا كى لا يحتاج الى الرجوع كما فى العقد الجائز فإن أقبض نفذ و الا فلا، و هذا كله بخلاف عقود المعاوضات لمكان العوض فيها بخلافه هنا فليتدبر، و ظهر بما ذكرنا ان حق التعبير فى (المجله) ان تقول: لا تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول قبل القبض أو ما يؤدى ذلك

ماده «۸۳۸» الإيجاب فى الهبه هو الألفاظ المستعمله فى تمليک المال مجانا كاكرمت و وهبت و أهديت.

و قد مر غير مره ان خاصيه العقود الجائزه كفايه كل لفظ يدل عليها حقيقه أو مجازا مع القرينه و قصد إنشاء معنى ذلك العقد بل يمكن

دعوى ذلـك حتى فى العقود اللاـزمه و انهـا لاـ تختص بصـيغ خـاصه كمـا سـبق فى الجزء الأـول و كيف كان فالهبه و الصـدقه بالمنقول لا تختص بصـيغه معينه و يكفى فيها كل ما دل عليها مثل خذه و هو لك مجانا و ما أشـبه ذلك و لا فرق فى ذلك بين الزوج و الزوجه أو غيرهمـا و المـدار على القرائن حـاليه أو مقـاليه بل يكفى قصـد إنشاء التمليك بالفعل اعنى العطاء فيكون هبه معاطاتيه كما فى ماده «۸۳۹» تنعقد الهبه بالتعاطى أيضا،،، و لو قال بالعطاء أو الإعطاء لكان أحسن.

و انمـا تنعقـد بالعطـاء حيث تكون هنـاك قرينه قـاطعه و الاـ فلا فمجرد الإعطاء لا يكفى فى الحكم بأنه هبه بل يبقى على ملك الأول بالاستصحاب حتى يحصل اليقين كما ان بالعطاء تتم الهبه و لا حاجه الى القبول؟؟؟

القبض قبول فعلى كمـا فى ماده (۸۴۰) الإرسـال و القبض فى الهبه يقوم مقـام الإيجـاب و القبول لفظا، و ماده «۸۴۱» القبض فى الهبه كالقبول فى البيع.

و كان الاولى جمع هـذه المواد الثلاث فى ماده واحـده بل بكلمه واحـده فتقول مثلا: تنعقد الهبه بالعقد و القبض و تتحقق أيضـا بالعطاء و القبض و كل ما ذكرته المجله هنا زياده مستدركه.

ثم ان المشـهور عنـد فقهـاء الإمـاميه ان القبض المعتبر فى صـحه الهبه يشترط فيه ان يكون بإذن الواهب فلو قبضه المتهب بـدون اذنه لم يكن له أثر فى الصحه و عللوه بعله معقوله و هى ان العين بعد العقد قبل القبض حيث انها باقيه على ملك الواهب فقبض المتهب لها تصرف بمال الغير

بـدون اذنه و هو حرام فلا يترتب عليه أثر شـرعى، و هى و ان أمكن المنـاقشه فيهـا و لكنهـا ببعض الاعتبارات التى مرت الإشاره إليها متجهه بل و قويه، فما قواه السـيد الأسـتاذ (ره) فى ملحقات العروه من عـدم لزوم الاذن هو الى الضـعف أقرب منه الى القوه وفاقا لما نصت عليه (المجله) فى ماده (۸۴۲) يلزم اذن الواهب صراحه أو دلاله فى القبض.

و وجهه مـا عرفت من بقـاء ملكيه الواهب فلا يجوز للمتهب قبض العين بـدون اذن مالكهـا و لو تلفت فى يـده كـان ضامنـا و لو اعترف الواهب بالاذن و أنكر الإذن بـالقبض كـان القول قوله- فمـا ذكرته (المجله) من اعتبار الاذن صـحيح و لكن ما فى ماده (۸۴۳) إيجاب الواهب اذن بالقبض دلاله.

على إطلاقه ممنوع بـل ان اقترن الإيجـاب بقرينه تـدل على الاذن كفى و الا فلا اما صـرف الإيجـاب فلا دلاله فيه على الاذن بـالقبض أصـلا بشـى ء من الـدلالات الثلاث إذ الـدلاله فرع التلازم و لا تلازم بين الأمرين بجميع الوجوه «و دعوى» ان مقصود الواهب لما كان هو إثبات ملكيه الموهوب بعقد الهبه فيكون الإيجاب تسـليطا على القبض تحصيلا لمقصوده ففى الإيجاب دلاله على الاذن بالملازمه (مـدفوعه) بـان كون قصـده إثبـات الملكيه إنشـاء مسـلم و لكن كون قصـده تحقيقها بالفعل غير مسـلم و الملازمه تأتى على الثانى لا الأول فتدبره.

و قول (المجله) و اما إذنه صراحه فهو قوله خذ هذا المال فانى وهبتک الى آخره هو من الواضحات الغنيه عن البيان انما البحث فيما ذكروه فى ماده (۸۴۴) إذا اذن الواهب صراحه بالقبض فيصح قبض الموهوب له المال الموهوب فى مجلس الهبه و بعد الافتراق و اما إذنه بالقبض دلاله فمقيد بمجلس الهبه و لا يعتبر بعد الافتراق مثلا لو قال وهبتک هذا و قبضه الموهوب له فى ذلك المجلس يصح و اما لو قبضه بعد الافتراق فلا يصح. كذلك لو قال وهبتك المال الذى هو فى المحل الفلانى و لم يقل اذهب و خذه فإذا ذهب الموهوب له و أخذه لا يصح فإن التفرقه بين الاذن صراحه فيصح القبض حتى بعد الافتراق و بين الاذن دلاله فمقيد بمجلس الهبه تحكم صرف و تفرقه من غير وجه فارق إذ المدار على الاذن و وجود ما يدل عليه و بعد حصول الدلاله فأى فرق بين الكنايه و التصريح و لعلها أبلغ، و الحق عندنا معشر الإماميه ان المعتبر هو الاذن فإذا حصل العلم به من اى طريق كفى فى الصحه سواء قبض فى مجلس الهبه أو فى مجلس آخر و سواء كان الاذن فى مجلس الهبه أو بعده بل ربما يظهر من بعض أخبار أئمتنا (ع) امتداد الأجل إلى الأجل فلو اذن و قبض قبل الموت صحت الهبه التى سبقت بأمد طويل.

ماده (۸۴۵) للمشترى ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع

الظرف الأخير ان تعلق بالفعل كان المعنى ان المشترى له ان

يهب مـا اشتراه للبائع قبل قبضه منه و هـذا صـحيح نافـذ فان المعتبر قبض الموهوب له و هو حاصل لا الواهب الـذى اشترى و لم يقبض، و توهم بعضـهم ان هـذا يرجع الى الإقامه واضح الفساد إذ هى حل لعقد البيع و لذا يرجع بالثمن و الهبه هنا تؤكد البيع و ليست حلاـ له و لـذا لاـ يرجع بـالثمن و ان تعلق الظرف بالمصـدر كان معناه ان المشترى له ان يهب للغير ما اشتراه قبل قبضه من بايعه فيكون أعم من الأول يعنى له ان يهبه للبائع أو لغيره و هذا أيضا صـحيح لما عرفت من عدم اعتبار قبض الواهب بل تتوقف على قبض الموهوب له. و عليه يتفرع مـاده (۸۴۶) من وهب ماله الـذى هو فى يد آخر تتم الهبه و لا حاجه الى القبض و التسـليم مره أخرى و المقصود بهذه الماده بيان ان قبض المتهب لازم لصـحه الهبه حيث لا يكون مقبوضا له و فى يده اما لو كان فى يده فلا حاجه الى قبض جديد بأن يأخذه منه و يرده عليه، و القبض السابق كاف مهما كان سواء كان بوجه صحيح أو لا كالغصب و نحوه و سواء كان ضـمانيا كالمقبوض بالسوم و نحوه أو غير ضمانى كالأمانات و سواء كان مضمونا بالمثل أو القيمه أو المسمى كـالمبيع المسـتأجر فـالقبض السـابق فى جميـع هـذه الموارد يقوم مقـام القبض الجديـد فى الهبه حـتى لو وهب المالـك غاصـبه المغصـوب الـذى فى يـده صـح. و ظـاهر الأصـحاب عـدم الحـاجه أيضـا الى الاـذن باسـتمرار القبض، و اسـتدلوا بوجوه أوجهها انصراف أدله القبض أو الاذن به عن هذه الصوره و قد ناقش السيد الأستاذ رحمه اللّه فى تلك ثم عول على الانصراف أخيرا.

ماده (۸۴۷) إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمته من الدين و لم يرده المديون تصح الهبه و يسقط عنه الدين فى الحال

قيـد عدم رد المديون لا محل له أصـلا، و تحرير هذا البحث ان هبه الدين اما ان تكون للمدين أو لغيره فان كانت لغيره فهى هبه محضه يلزمها القبول كما يلزمها القبض و الا فلا اثر لها بدونه كما تنص عليه الماده الآتيه، و ان كانت للمديون فهى على نحوين لان الواهب يقصد تاره إسـقاط الدين و إبراء ذمته منه و لا تكون له حاله منتظره بل يوقعه ناجزا فهذا إبراء و إسـقاط محض و ان وقع بصوره الهبه و لا اثر للرد و القبول فى هذه الصوره أصـلا لأن حقيقته إيقاع لا عقد و الإيقاعات تتحقق معانيها بمجرد إنشائها ان صدرت من أهلها و فى محلها. و تاره يكون صـميم قصده الهبه بمعنى انه يريد ان يملكه الدين الذى له عليه كما يملكه للغير و ينتظر قبوله و عدمه فهذه هبه محضه بأى عباره وقعت، و هذا موضع ما يقال (ان العقود تابعه للقصود) و فيه يكون مجال للرد و القبول فـان قبل المـديون صـح العقـد و تمت الهبه لأن ما فى الـذمه مقبوض حقيقه أو كالمقبوض و ان رد لم يقع شـى ء و بقى مشغول الذمه بالدين ففى الاولى لا موضع للرد و القبول بخلاف الثانيه و لا صوره ثالثه فى المقام.

و فى هذه الماده خلل من وجهين (الأول) ان ظاهرها عدم لزوم القبول فى هذه الهبه و لكنها ترد بالرد و هذا تهافت و كجمع بين المتنـافيين (الثـانى) انهـا جعلت الإـبراء كالهبه فى انها تبطل بالرد مع ان الإبراء إيقاع كما عرفت و لا معنى للرد و القبول أصـلا و كان أرباب المجله اعتبروا

هبه الـدين للمـديون ذات وجهين فمن وجه هي ترد بالرد و من أخرى إبراء فلا تحتاج الى قبول، و قد ظهر ان المدار على قصده اما هبه أو إبراء و هما معنيان متغايران و المرجع فى تشخيص أحدهما ما يظهر منه من حال أو مقال فتدبره جيدا.

و على كل حال فبعد القبول يشتركان فى سقوط الدين حالا كان أو مؤجلا

ماده «٨۴٨» من وهب دينه الذى هو فى ذمه أحد لآخر و اذنه صراحه بالقبض

بقوله اذهب فخـذه فـذهب الموهوب له و قبضه تتم الهبه، يعنى و تبرأ ذمه المـديون من دائنه و هى أشـبه ما تكون بالحواله و ان فارقتها من بعض الوجوه.

ماده (٨۴٩) إذا توفى الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبه،

يعنى لاـ ينتقـل حـق القبض إلى ورثـه الموهـوب له لاـن المـال قـد انتقـل إلى ورثه الـواهب و ليسـوا هم الواهـبين كمـا ان ورثه الموهوب له غير موهوب لهم حـتى يعتـبر قبولهم أو قبضـهم، نعم لو جعلنـا القبض بعـد اذن الواهب حقـا لاـ حكمـا أمكن القول بانتقاله إلى ورثه الموهوب و لا يضر انتقاله إلى ورثه الواهب فإنه قد انتقل على هذه الصفه و لكنه مشكل

ماده (٨۵٠) إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا فيلزم التسليم،

حـال الولـد الكبير حال غيره من رحم و غيره فى اعتبار القبض و عـدم صـحه الهبه بـدونه و لكن الهبه إلى الصـغير و المجنون لا يخلو اما ان تكون من غير الولى فلا تصـح الا بقبض الولى. و اما ان تكون منه لأحـدهما و هى فى يده و حينئذ فيكفى قبضه و لا حاجه الى تجديد قبض.

و لكن الأصح اعتبار تجديد القصد بان يقصد بان الموهوب مقبوض عن الصغير الموهوب له و اما إذا و هبه ما ليس فى يده فلا إشكال فى اعتبار قبضه فلا يصير ملكا للصغير حتى يقبضه وليه الواهب، عنه، و الى بعض ما ذكر أشارت ماده (٨٥٢) إذا وهب أحد شيئا لطفل تتم الهبه بقبض وليه أو مربيه.

و لا فرق عندنا فى ذلك بين المميز و غيره و ان لم يكن من البعيد كفايه قبض المميز و لا سيما بإذن وليه.

ماده (٨٥٤) الهبه المضافه ليست صحيحه، مثلا لو قال وهبتک الشی ء الفلانی فی رأس الشهر الآتی لم تصح.

يظهر ان مرادهم بالهبه المضافه- الهبه المعلقه على وصف محقق الوقوع كرأس الشهر الآتى أو عند طلوع الشمس أو على شرط غير معلوم الحصول مثل ان جاء ولدى من السفر يوم الجمعه، أو إذا عوفى مريضى و نحو ذلك، و قد مر عليك غير مره ان التنجيز عندنا شرط فى جميع العقود لازمها و جائزها و ان التعليق مفسد للعقد مطلقا، و عليه فان كان الشرط فى الهبه ينافى تنجيزها بطل الشرط و تبطل الهبه أيضا الا من جهه ان الشرط الفاسد يفسد العقد إذ ليس المقام منه و لكن لفقد شرط العقد و هو التنجيز، اما الشرط بذاته فليس بفاسد و انما فسد من هذه الناحيه، و ان كان غير مناف لتنجيزها و هى لازمه لزوم الشرط أيضا و ان كانت جائزه كان الشرط تابعا لها، و لزوم الهبه المشروطه بالعوض انما هو الدليل الخاص و الا فحقها ان تكون جائزه هى و العوض.

و من هنا قـد تشـتبه الشـروط بين ما ينافى التنجيز و ما لا ينافيه مثلا لو قال وهبتک کتابی هـذا بشـرط ان يعود لی بعد وفاتک أو لورثتی أو قال وهبته لک بعد وفاتی فإن جعلناه وصـيه صح لان طبع الوصـيه التعليق على الموت اما الهبه فيشـكل فيها ذلک كما ان الاسـقاط و الإبراء لا يحتمـل شـيئا من التعليق أصـلا فلو قال أنت بری ء من دينی بعـد موتی لم يصـح قطعا لأن الإبراء إيقاع كالعتق و الطلاق و لا يصـح التعليق فيهما اتفاقا نعم صـح ذلک فی خصوص التدبير لدليله الخاص و لا يقاس عليه و على مناسـبه ذكر الشـروط فی الهبه ذكرت «المجله» الهبه بشـرط العوض أی الهبه المعوضه فی ماده (۸۵۵) تصح الهبه بشرط العوض و يعتبر الشـرط و قـد انبأناک من قريب ان العوض فی الهبه يلزم عنـدنا ان يكون لنفس الهبه فلو جعله للموهوب كان اما هبه فاسـده لأن حقيقه الهبه التمليک المجانی أی تمليک الموهوب بلا عوض له فلو شـرط العوض له كان شـرطا منافيا لطبيعه العقد فيبطل هو و العقـد، و اما بيعا فاسـدا بناء على عدم جواز اسـتعمال صـيغه عقد فی عقد آخر أی فی إنشاء حقيقه عقد آخر اما أرباب «المجله» فيظهر منهم انهم يجعلون العوض لنفس الموهوب تبعـا لأكثر فقهـاءهم فيكون كمـا صـرح به بعضـهم هبه فی البـدايه و بيعـا فی النهـايه و يعتبرون فيهـا التقـابض فی المجلس و الاـذن بعـده و يسـحبون عليها جمله من خصائص البيع كالشـفعه و خيار الرؤيه و جمله من الخيارات العامه كخيار العيب و نحوه و كل ذلک لا يسـتقيم على مـذهب الإماميه من ان المعوضه هبه محضه لا تخرج عن طبيعه الهبه

بـالتعويض نعم لا ريب فى اعتبار التقابض فيها من الجانبين فلو أقبض أحـدهما و لم يقبضه الآخر كانت جائزه و لو تقابضا لزمت من الجـانبين و هـو اى العوض المقبوض أحـد أسـباب لزوم الهبه و سـيأتى بقيه الملزومـات و عليه يبتنى الأـمثله الـتى ذكرت فى المتن و هى: مثلاـ لـو وهب أحـد لآـخر شـيئا بشـرط ان يعطيه كـذا عوضـا أو يؤدى دينه المعلوم المقـدار إذا راعى الموهوب له الشـرط و الا فللواهب الرجوع عن الهبه، و كذلک لو وهب أحد عقارا مملوكا لآخر بشـرط ان يقوم بنفقات الواهب الى وفاته ثم ندم و أراد الرجوع عن الهبه و استرداد ذلک العقار فليس له ذلک ما دام الموهوب له راضيا بإنفاقه وفق ذلک الشرط.

و الموهوب له يملـک الموهوب بمجرد دفع العوض ان كـان عينا أو عملا دفعيا اما لو كان تـدريجيا كالإنفاق و عـدم الطلاق لو وهبته صـداقها و اشترطت عـدم طلاقها فإنه يملک الموهوب من حين شـروعه بالعمل و تبقى الملكيه مراعاه بإتمامه فيكون ملكا متزلزلاـ كـالمبيع بالخيـار فإن أتم لزمت و الا كان له حق الرجوع فلو طلقها استردت المهر منه، و لو مات الموهوب له المشـروط عليه الإنفاق على الواهب الى حين موته وجب على ورثته ان يقوموا مقام أبيهم فى الإنفاق عليه لانه حق مالى تعلق بـذمه مورثهم كدين من ديونه فيجب عليهم تفريغ ذمته منه فان لم يفعلوا كان للواهب ان يرجع بهبته و يدفع لهم ما اسـتوفاه من النفقه الماضـيه و يسترد منهم قيمه ما استوفاه مورثهم من المنافع هذا ما تقتضيه القواعد فى هذا الفرع و أمثاله و قد غفل بعض الشراح عن ذلک فقال: و إذا توفى

الواهب يتعذر على الموهوب له أداء العوض و يكون القيام بذلك خارجا عن إمكانه و درجه اقتداره فيجب على الواهب ان يرد قيمه ما صرف عليه و يسترد ملكه على ما ارى و ان كان لا نص على ذلك بدليل ان الموهوب له إذا اشترط على نفسه إعطاء عوض مقداره عشر ليرات فاعطى بعضه و تمنع من دفع الباقى فقد قال الفقهاء بان للواهب استرداد الموهوب و رد العوض المقبوض، انتهى.

و قد أخطأ الرجل القياس و قاس مع الفارق فان فى صوره الموت ينتقل الحق إلى تركته و يجب على ورثته إخراجه منها و يقوم كل واحد منهم بقسطه فإذا امتنع أو امتنعوا و لم يمكن جبرهم جاءت قضيه الرد و الاسترداد كما فى صوره الامتناع التى ذكرها، اما فى صوره الإمكان و عدم الامتناع فيجب الوفاء بالعقد و شروطه و لا يجوز الفسخ و إذا امتنعوا أو امتنع هو فعلوا حراما، و أوجبوا للآخر خيارا فكيف يقاس هذا بذاك و هكذا حكم بقيه ما ذكره من الأمثله مثل ما لو ظهر مستحقا فان اللازم اما دفع المثل أو القيمه و المحافظه على العقد و شروطه و مع الامتناع فالاسترداد، و من الغريب انه عقب ذلك بقوله: و ليس لورثه الموهوب له ان يطلبوا بقاء الهبه و الإنفاق على الواهب من مالهم الى حين وفاته لأنهم لم يتفقوا معه فى الأصل، انتهى و قد عرفت انه هو المتعين و لا يصح غيره مع إمكانه و الإنفاق يكون من التركه لا من أموالهم و لو امتنعوا يلزمون به و قوله لأنهم لم يتفقوا معه فى الأصل واضح الضعف بان الاتفاق مع مورثهم يسرى مفعوله

إلیهم بـل الی ترکته نعم لـو لم یکن له ترکه فلاـ حق علی الورثه و یتعین الـتراد و الحقوق المـالیه علی المورث أو له تنتقـل الی الوارث أو علیه، فلو اشتری دارا فیهـا خیـار للبـائع و مات انتقلت الـدار للورثه و فیها خیار للبائع فلو فسـخ یستردها منهم و ان کان الإنفاق لم یکن معهم و هکذا نظائر ذلک و ما نحن فیه من هذا القبیل.

الباب الثانی فی بیان شرائط الهبه

اشاره

أرکان الهبه التی تتحقق بها کما سبق- الواهب- الموهوب له- المال الموهوب- عقد الهبه- و حسن التحریر یقتضی ذکر شرائط کل واحد منها متمیزا عن الآخر و لکن (المجله) داخلت بعضا ببعض و تحریر البحث هنا علی الإیجاز، انه یشترط فی الواهب مضافا الی الشروط العامه من العقل و البلوغ و الرشد و عدم الحجر و الخلو من مرض الموت عند جماعه و القصد و الاختیار- ان یکون حرا مالکا أو مأذونا منه فلو وهب العبد أو مال الغیر وقف علی الإجازه، اما الموهوب له فلا یشترط فیه العقل و لا البلوغ و لا الحریه و لا الرشد بل تصح الهبه لفاقدها و یقبل عنهم الولی أو المولی و لا عبره بقبول المجنون أو الطفل أو السفیه أو الساهی أو المکره و لا بقبضه، و أهم الشروط فی الموهوب له ان یکون موجودا حال الهبه فلا تصح للمعدوم الذی سیوجد و فی صحتها للجنین اشکال و لا یبعد الصحه مع قبول الولی و قبضه کالوصیه له.

(اما الموهوب)

فیشترط ان یکون موجودا فی العین أو فی الذمه

و ان یکون مالاـ متقوما مملوکا مقدورا علی قبضه لا حق فیه للغیر من رهن و نحوه معینا أو متعینا لا مجهولا مطلقا أو لا واقع له فلاـ یصح وهبتک شیئا أو مالا و یصح وهبتک ما فی الصندوق أو صاعا من صبره أو أحد هذین الثوبین و یتعین بالقبض اما المشاع فسیأتی.

(اما عقد الهبه)

فیتقوم بالإیجاب و القبول و یشترط فیه القبض و التنجیز، هذا ما یقال فی هذا المجال، و إذا عرفته و نظرت ما فی المجله یتضح لک قصور البیان و ضعف التحریر فیها و عدم الاستیفاء و قد قدمت بعض شرائط الموهوب فی ماده (۸۵۶) یشترط لصحه الهبه وجود الموهوب وقت الهبه و مدرکه واضح فان المعدوم المطلق لا یجری علیه تملیک و لا تملک و لا غیرهما من الاحکام الا فی موارد مخصوصه یتحقق له نحو من الوجود ببعض الاعتبارات، بناء علیه لاـ تصح هبه عنب بستان سیدرک أو ولد فرس سیولد، ماده (۸۵۷) یلزم ان یکون الموهوب مال الواهب، بناء علیه لو وهب أحد مال غیره لا تصح و لکن بعد الهبه لو أجازها صاحب المال تصح ماده (۸۵۸) یلزم ان یکون الموهوب معلوما و معینا بناء علیه لو وهب أحد من المال شیئا أو من الفرسین أحدهما لا علی التعیین لا تصح.

اعلم ان الهبه لیست کالبیع فی لزوم المعلومیه التامه للمبیع و ارتفاع الجهاله عنه من کل جهه بل حالها فی ذلک أمر بین الأمرین فلا تصح الجهاله المطلقه و لا تلزم المعلومیه التامه و لما کان هبه شی ء أو مال من المجهول المطلق لم یصح و لکن هبه عبد من عبدین و لا سیما إذا کانا

متساويين من جميع الجهات أو ثوب من ثوبين كذلك فحيث ان الجهاله المطلقه مرتفعه و لا غرر فى البين إذ ليست الهبه من عقود المعاوضات و لو كانت على الفرض منها فالمفروض التساوى فالقاعده تقتضى صحه أمثال هذه الهبات و انما لم يصح مثل ذلك لدليل خاص من إجماع و نحوه، على ان أرباب «المجله» صححوا نظيره حتى فى مثل البيع كما سبق فى محله، و لو قيل بعدم الصحه فلا فرق بين ان يقول أيما أردت من هذين الفرسين أو قال وهبتك أحد هذين الفرسين و إذا كان التعيين مصححا للهبه فليكن مصححا لها فى الصورتين و الا ـ فالفرق بينهما فى الحكم تحكم؟؟؟؟؟؟ غير فارق كما ان قبول التعيين فى المجلس دون خارجه تحكم آخر و الكل بلا دليل (و الحق) ما عرفت من الصحه فى الجميع بعد القبض سواء كان فى مجلس الهبه أو فى خارجه مع الاجتماع أو بعد المفارقه و كل تلك التفاصيل استحسانات لا ترتكز على وجه مستحسن هذا كله فى هبه الأعيان أو المنافع لو قيل بصحه هبتها، اما هبه الديون فلا إشكال فى صحه هبه المجهول منها فلو كان له دين على إنسان لا يعلم مقداره صحت هبته لأنه بمنزله الإبراء بل لو وهبه لآخر صح بعد قبضه ان كان المديون يعرف قدره و إلا صالحه عليه و صار بمنزله الحواله.

و هذا كله سهل لا عقده فيه انما الاشكال و العقده عند الفقهاء من الفريقين (فى هبه المشاع) فمنع بعضهم منه لعدم إمكان القبض حتى مع اذن الواهب لمكان مزاحمه الشريک فلا يتمكن المتهب من الاستيلاء

التام علیه و لا قبض بدونه، و تحریر المقام بحیث تتضح الأقسام و یتمیز موضع الاشکال منها من غیره- ان الهبه فی المشاع اما ان تکون لحصه مشاعه أو للحصه المشاعه- و الأول اما ان تکون العین فی یـد الموهوب له بإجاره أو عاریه أو نحوهما أو لا تکون فی یده و فی الأول لا إشکال فی صحه هبته لتحقق القبض و الاستیلاء حسب الفرض کما لا إشکال فی الثانی إذا أقبض الواهب تمام العین للموهوب له و لو باعتبار جعله کوکیل أو أمین علی الحصه الباقیه. و أما الثانی و هو هبه الحصه المشاعه فإن کانت العین فی ید الموهوب له أیضا فلا اشکال و کذا لو کانت بأجمعها فی ید الواهب فسلطه علیها و لو بإذن الشریک، اما لو کانت بیدهما معا کما هو الغالب فی المشاع و لعل هذا هو موضع الإشکال فی عدم إمکان القبض و الاستیلاء التام و لکنه لا یخلو من حالین بعد اذن الواهب بالقبض بالنسبه إلی حصته الموهوبه- اما ان یأذن الشریک أیضا فیقوم المتهب مقام الواهب و تکون یده بموضع تلک الید منضمه إلی ید الشریک و لا یعتبر فی القبض أکثر من هذا فلا ینبغی الإشکال فی صحته- و إما أن لا یأذن و یمنع الموهوب له من الاستیلاء علی حصه شریکه الواهب فالهبه هنا و ان لم تتحقق لعدم تحقق القبض و لکن علاج هذا هو العلاج فیما لو امتنع الشریک من تمکین شریکه أ لیس هو الحاکم فیجبره اما علی القسمه أو البیع أو غیر ذلک مما هو محرر فی محله و منع الموهوب له فی الحقیقه منع لسلطه الواهب عن التطرف فی ملکه و الناس مسلطون علی أموالهم- و هو کما لو باع و منع المشتری فلا بد

لرفع هذا العدوان من الرجوع الى الحاكم و قوه السلطان و الا بقيت الهبه معلقه حتى يحصل القبض، نعم قد يقال ان الاشكال فى هبه المشاع ليس من هذه الناحيه بل من جهه ان هبه المشاع بجميع اقسامه لا يحصل فيه القبض المعتبر فى الهبه و هو السلطنه المطلقه من غير مزاحم و لما كان المشاع ليس لأحد الشريكين فيه تلك السلطنه لمزاحمه كل منهما للآخر و تصرف كل منهما مقيد برضا الآخر فلا يصح هبته لعدم إمكان ذلك القبض المعتبر- و لكن هذه الدعوى مدفوعه بإطلاق أدله القبض و ان قبض كل شى ء بحسبه، و كونه بحيث لا- يتصرف شريكه إلا بإذنه نحو من السلطنه و لا دليل على اعتبار ذلك القبض الخاص بل الإطلاقات تدفعه و لم يذكروا ذلك فى شى ء من المعاملات التى يعتبر فيها القبض كالوقف و السلم و غيره.

(و القصارى) أن عقده هذه الاشكال تنحل بكلمه واحده و هى ان هبه المشاع يعتبر فيها اذن الواهب و اذن شريكه فان اذن و الا أجبره الحاكم «و انتهى كل شى ء».

و كان على المانعين ان يقولوا ان هبه المشاع لا تصح إلا بإذن الشركاء جميعا بقبضه الا ان يمنعوا من صحته مطلقا.

ثم لا فرق فيما ذكرنا من صحه هبه المشاع بين ان يكون قابلا للقسمه أم لا منقولا أم لا يهبه لواحد أو أكثر من واحد لصغير أو كبير رحم أو لا و الإشاعه بين اثنين أو أكثر و قد أطال بعض الشراح و أسهب فى هذه التقاسيم و صحح بعضا و كله تطويل بلا طائل و ملاك المسأله ما ذكرنا

فتدبره و اغتنمه فلعلک لا تجده فی غیر هذه المهارق و المنه للّه وحده

ماده (۸۵۹) یشترط ان یکون الواهب عاقلا بالغا

بناء علیه لا تصح هبه الصغیر و المجنون و المعتوه أما الهبه لهؤلاء فصحیحه.

تقدم ذلک بل لا حاجه الی ذکره لأنهما من الشرائط العامه المعتبره فی تمام العقود بل و الإیقاعات أما المجنون فلا قصد له غالبا و اما الصغیر فلا اثر لقصده إلا إذا کان ممیزا فیصح بإذن ولیه، و من الغریب هنا ان بعض الشراح صرح هنا بکفایه عقل السکران الذی شرب الخمر فقال انه کاف لأهلیه التصرف بالهبه و هو کما تری و عدم تعرض المجله للسکران و تخصیص عدم الصحه بالصغیر و المجنون و المعتوه یشعر بذهابهم إلی صحه هبه السکران و نحن نترک التعلیق علیه للصحاه من أرباب العقول لا للسکاری و المجانین.

ماده (۸۶۰) یلزم فی الهبه رضا الواهب فلا یصح بالجبر و الإکراه.

هذا أیضا من الشرائط العامه التی کان الأولی ذکرها فی محل واحد و الاستغناء عن إعادتها فی کل عقد و معامله نعم لو أجبره علی الهبه ثم رضی بعد الإکراه أمکن القول بالصحه علی تأمل شعر به متن المجله فلیتأمل.

و قد اقتصرت علی هذا المقدار من الشرائط و أهملت کثیرا منها فتدبره

الباب الثالث (فی بیان أحکام الهبه،

اشاره

و یشتمل علی فصلین)

الفصل الأول فی [بیان الرجوع عن الهبه]

اشاره

یعنی فی جواز الهبه و لزومها، و لعلک عرفت کما ان الأصل فی عقود المعاوضات المبنیه علی التغابن هو اللزوم الا ما خرج بالدلیل- فکذلک الأصل فی عقود المجانیات هو الجواز الا ما خرج، و کما ان أشهر عقود المعاوضات اللازمه و أهمها هو البیع و کل فرد یشک فیه انه وقع جائزا أو لازما یبنی علی لزومه و کذا لو شک فی حکم نوع منه شرعا یعنی ان الأصل هو اللزوم سواء کانت الشبهه مصداقیه أو حکمیه فکذا أهم و أشهر العقود المجانیه هو الهبه و هی عکس البیع فکل نوع منها یشک ان حکمه اللزوم أو الجواز و کل فرد یشک انه من الجائز أو اللازم یبنی علی جوازه للأصل فاصل الهبه بعد تحققها بالقبض هو جواز الرجوع الا ما خرج بالیقین کما ان الأصل فی البیع بعد تحققه بمجرد العقد هو اللزوم الا ما علم خروجه، و هذا أهم ما فی هذا الفصل و قد ذکر ماده (۸۶۱) یملک الموهوب له الموهوب بالقبض.

توطئه لما بعـده و الا فهذا الحكم قد تقدم فى ماده (۸۴۱) و ما بعدها و من لوازم عدم الملكيه إلا بالقبض ان المنافع الحاصـله ما بين العقـد و القبض هى للـواهب و له المنع من القبض و العـدول إذا الموهوب لاـ يزال فى ملكه لرحم كـانت الهبه أو لغيره و لو توفى أحـدهما قبـل القبض بطـل العقـد و انتقـل المـال إلى ورثه الواهب فلو وافقوا على الهبه فلا بـد من عقـد جديـد، و للواهب التصـرف بـالعين قبـل القبض كيف شاء و كل هـذا و نظائره متفرع على عـدم تأثير العقـد أى أثر سوى صـلاحيته للحوق القبض فتحصل الملكيه نقلا لا كشـفا بخلاف إجازه الفضولى على المشـهور عند المحققين، و مما ذكرنا يتضح ان هذه الماده بمدلولها تغنى عن ماده (۸۶۲) للواهب ان يرجع عن الهبه قبل القبض بدون رضا الموهوب له.

بل فى الحقيقه لم يحصل شـى ء ناجز حتى يحتاج الى الرجوع و انما هو أى العقد استعداد كما عرفت فرجوعه و عدمه سواء من حيث الأـثر الفعلى و عـدم القبض و الإقبـاض يغنى عن الرجوع فلاـ حـاجه أيضـا الى مـاده (۸۶۳) نهى الـواهب عـن القبض بعد الإيجاب رجوع فإن الإيجاب بل و مع القبول لم يؤثر شـيئا حتى يكون النهى رجوعا و انما الحاصل هو الاسـتعداد و هو باق حتى مع النهى عن القبض فلـو اذن له بـالقبض بعـد ذلـك فقبض تمت الهبه، نعم موضع الرجوع حقيقه بعـد العقـد و القبض فى الهبه الجائزه كما فى ماده (۸۶۴) للواهب ان يرجع عن الهبه و الهديه بعد القبض برضا الموهوب و القيد الأخير عندنا مستدرك بل

فی غیر مواضع اللزوم مطلقا رضی الموهوب له أم لا- و لو کان منوطا برضاه لکانت من العقود اللازمه کالبیع و قد عرفت ان طبیعتها الجواز عکس البیع و یدل علیه الحدیث المشهور [الواهب أحق بهبته ما لم یثب عنها] و أخبارنا به مستفیضه، و الرجوع الی الحاکم کما فی المجله.

و ان لم یرض الموهوب له راجع الواهب الحاکم و للحاکم فسخ الهبه ان لم یکن ثمه مانع من موانع الرجوع التی ستذکر فی المواد الآتیه و ان کان مانع فلا یفسخ- فضله مستغنی عنه فان تشخیص کونها هبه لازمه أو جائزه واضح لا حاجه فیه الی الرجوع الی الحاکم و أسباب اللزوم محصوره معلومه کما سیأتی بیانها و قد تقدم بعضها و لا خصومه حتی تحتاج إلی حکومه فالهبه ان کانت جائزه جاز الرجوع للواهب فیها رضی الموهوب له أم لا- حکم الحاکم أم لم یحکم فإنه حکم کلی الهی و لیس من التطبیقات الشخصیه التی تتوقف علی حکم الحاکم، و کأن أرباب المجله لم یتمیز عندهم مورد حکم الحاکم عن حکم الشارع فاشتبه علیهم الأمر أو بالأحری- لم یتضح لهم الفرق بین الفتوی و القضاء و ان کانت لازمه ای واجده لبعض أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا حکم للحاکم.

أ فلیس من الغریب مع هذا قولهم فی ماده (۸۶۵) لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حکم الحاکم و قضائه و بدون رضا الموهوب له یکون غاصبا و بهذه الصوره لو تلف أو ضاع فی یده یکون ضامنا.

و قد عرفت ان حکم الحاکم أجنبی فی المقام و لا محل له أصلا و ان المدار علی نوع الهبه فإن کانت جائزه له الرجوع و یأخذه قهرا من الموهوب له لأن الملکیه رجعت له و لا ضمان أصلا حکم الحاکم أم لا، و ان کانت لازمه لم یجز له الرجوع الا برضا الموهوب له فیکون من قبیل الإقاله و لو أخذه بدون رضاه کان غاصبا و ضامنا لانه ملک للموهوب له حکم الحاکم أیضا أم لا- هذا هو العلم المشذب. و ما ذکرته المجله هنا و بعض شراحها محلول العری مشبع بألوان الضعف و الرکاکه،،، ثم إذا رجع الواهب فی موضع الجواز فهی ملکیه جدیده لا فسخ للملکیه السابقه و لذا یسترجع نفس العین دون منافعها فإنها للموهوب له، و سیأتی توضیح ذلک

و قد شرعت (المجله) فی ذکر أسباب اللزوم

اشاره

و قد تقدم بعضها و هی أمور

(الأول) هبه ذی الرحم

کما فی ماده «۸۶۶» من وهب لأصوله و فروعه أو لأخیه و أخته أو لأولادها أو لعمه و عمته شیئا فلیس له الرجوع.

و هذه الضابطه مع طولها مختلفه و کان الأصح جعل العنوان هبه ذی الرحم کما فی الحدیث المشهور (إذا کانت الهبه لذی رحم محرم لم یرجع فیها) فیشمل الخال و الخاله و أولادهم و الجد و الجده و أخواتهم و فی اخبار أهل البیت سلام اللّه علیهم (الهبه و النحله یرجع فیها ان شاء الا لذی رحم) و لا یختص عندنا بالمحرم بل یعم کل ما یصدق علیه القرابه و الرحم عرفا محرما أو غیر محرم لوجود لفظ القرابه فی بعض الاخبار و لا فرق فیه بین الصغیر و الکبیر بل و المسلم و الکافر لإطلاق

الأدله،،،

«الثانی» الزوجیه

کما فی ماده (۸۶۷) لو وهب کل من الزوج و الزوجه صاحبه شیئا حال کون الزوجیه قائمه بینهما فبعد التسلیم لیس له الرجوع.

فعنوان الزوجه یستوجب لزوم الهبه و ان لم یکن بینهما قرابه ففی اخبارهم سلام اللّه علیهم «لا یرجع الرجل فیما یهب لامرأته و لا المرأه فیما تهب لزوجها حیزا و لم یحز أ لیس اللّه تعالی یقول وَ لَا یَحِلُّ لَکُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَیْتُمُوهُنَّ شَیْئاً، و قال تعالی فَإِنْ طِبْنَ لَکُمْ عَنْ شَیْ ءٍ مِنْهُ نَفْساً فَکُلُوهُ هَنِیئاً مَرِیئاً» و المراد حازها الواهب فلو وهبها شیئا قبل ان یقبضه أو قبضته هی بإذنه لم یجز له الرجوع و لا-فرق فیهما بین الکبیر و الصغیر و العاقل و غیره و المسلم و غیره للإطلاق أیضا و لا یبعد لحوق المطلقه الرجعیه بها دون البائنه،

«الثالث» التعویض

و قد سبق مفصلا فی ماده (۸۵۵) و اعاده هنا ماده «۸۶۸» إذا اعطی للهبه عوض فقبضه الواهب فهو مانع للرجوع.

و المذکور سابقا شرطیه العوض و الملحوظ هنا الأعم إذ لا فرق فی اللزوم بین ان یشترط العوض فی الهبه الأولی أو یکون ابتداء من الموهوب له من غیر شرط علیه کما لا-فرق بین وقوع الثانیه بنحو الهبه أو العطیه أو غیرهما و لکن یلزم فی الجمیع قصد العوضیه أی قصد ان دفع هذا المال أو العمل عوض للواهب عن هبته فلو أعطاه لا بقصد العوضیه لم تصر لازمه بل له الرجوع فیها، و مع قصد التعویض و التقابض من الطرفین فقد لزمتا معا و لیس لأحدهما

الرجوع فيما اعطى بـدون رضا نعم لو رضـيا صح و كان نظير الإقاله فى البيع، و لا مانع ان يشترط الواهب ان يعوضه الموهوب و لو ببعض هبته فضـلا عما لو عوضه بشـى ء منها بـدون الشـرط و يجرى عليها بعد التقابض حكم الهبه المعوضه، نعم لا محل و لا معنى للزوم فيما لو اشترط عليه ان يعوضه بها أجمع لأنه راجع الى الجواز أو الفسـخ، ثم لا فرق فى العوض بين ان يكون من مال الموهوب له أو من غيره كمـا نصت عليه (المجله) بقولهـا: فلو اعطى للواهب شـيئا على ان يكون عوضا لهبته فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له أو الغير اما عدم رجوع الواهب و الموهوب بعد التقابض فواضح، انما الكلام فى الغير لو دفع العوض فهـل له الرجوع على الموهوب له بعوض مـا دفع؟ و التحقيق ان دفعه ان كـان بغير طلب المتهب و لاـ باذنه فلا إشـكال فى عـدم اسـتحقاق الرجوع عليه بالبـدل لاـنه متبرع و امـا لو كـان بطلبه أو بـإذنه فإن طلب منه التبرع صـراحه فلا رجوع أيضا و الا فله حق الرجوع و هـذا الحكم مطرد فى كـل من دفع مالاـ عن غيره سواء كان مما يطلب بالحبس و الملازمه كالـديون و نفقه الزوجه أو كان مما لا يطلب بذلك كالزكوات و الكفارات و النذور و نحوها.

و سواء كـان مما جرت العاده برجوعه أم لا فإن الأصل فى دفع المال عن شـخص بطلبه ضـمانه لأصاله احترام مال المسـلم الا ان يتبرع به صريحا فيسقط حرمته، و التفاصيل المذكوره هنا فى كتب القوم لا تعتمد على دليل.

ماده (۸۶۹) إذا كان الموهوب أرضا و أحدث الموهوب له فيه بناء أو غرس شجرا أو حصل للموهوب زياده متصله

اشاره

مثل كونه حيوانا ضعيفا و سمن بتربيه الموهوب له أو تبدل اسمه بتغيير الموهوب له ككونه حنطه و جعله دقيقا فليس للواهب الرجوع و اما الزياده المنفصله فلا تمنع من الرجوع.

(هذا هو السبب الرابع) من أسباب اللزوم و عدم الرجوع و حقه ان يعنون بعنوان التصرف و التغيير، و هى من المسائل الخلافيه عند فقهائنا بل و عند غيرهم فى الجمله، و تحرير البحث فيها- ان العين الموهوبه اما ان تتغير عند الموهوب له عما كانت عليه عند الواهب أو لا- و التغيير اما ان يكون زياده أو نقيصه و كل منهما اما ان يكون زياده أو نقيصه متصله أو منفصله و المتصله سوقيه أو عينيه و العينيه اما ان تكون بفعل الواهب أو الموهوب له أو أجنبى أو سماوى فالزياده السوقيه أو النقيصه و ان حصلت فى ملك الموهوب له و لكن لا- ينبغى الإشكال فى انها غير مانعه من الرجوع أصلا- لأن معيار صحه الرجوع عندنا هو معيار الرجوع فى باب خيار العيب و هو كما فى الاخبار هنا و هناك كون المال الموهوب أو المبيع قائما بعينه و لا اشكال ان ارتفاع القيمه و هبوطها لا يمنع صدق كونها قائمه بعينها كما لا إشكال فى ان الزياده و النقيصه العينيه تمنع من ذلك سواء كانت بفعل إنسان مطلقا أو بسبب سماوى، و اما إذا لم تتغير فاما ان يكون قد تصرف بها بما لا يوجب التغيير.

كركوب الدابه و ليس الثوب و مطالعه الكتاب أولا و الثانى هو القدر

المتیقن لجواز الرجوع کما لا- ینبغی الإشکال فی صحه الرجوع فی الأول أیضا لصدق کونها قائمه بعینها و اما المنفصله فإن أوجبت تغییر العین کما لو هزلت الدابه بالولاده فلا رجوع و ان لم توجب التغییر صح الرجوع لأنها قائمه بعینها کما فی (المجله) فلو حملت الفرس التی وهبها أحد لغیره فلیس له الرجوع عن الهبه لکن له الرجوع بعد الولاده و بهذه الصوره یکون فلوها للموهوب له.

اما الأقوال فی أصل مسأله التصرف فهی عندنا ثلاثه (۱) مطلق التصرف مانع من الرجوع حتی مثل لبس الثوب و رکوب الدابه و لعل مدرکهم ظواهر الأخبار المانعه من الرجوع بالهبه مثل (الراجع فی هبته کالراجع فی قیئه) التی لا محیص من حملها علی الکراهه و الا لزم کون الهبه مطلقا لازمه حتی مع عدم التصرف فالدلیل أعم من المدعی مضافا الی کونه مصادما للضروره فی أن الأصل فی الهبه الجواز (۲) بعکسه و هو ان مطلق التصرف لا- یمنع الرجوع و لعل مدرکهم استصحاب الجواز و هو منقطع بالدلیل و کلاهما إفراط و تفریط (۳) الوسط و هو خیرها التفصیل بین النافل کالبیع و الصلح و نحوها أو المغیر کطحن الحنطه و خیاطه الثوب و غرس الأرض أو بنائها دارا و بین ما لیس بناقل و لا مغیر کلبس الثوب و نحوه و هذا هو الذی یساعد علیه الدلیل و المعیار المذکور فی الاخبار، ففی صحیحه الحلبی إذا کانت الهبه قائمه بعینها فله ان یرجع فیها و الا فلیس.

بقی فی المقام أمور مهمه یلزم التنبیه علیها

اشاره

(۱) قد عرفت ان انتقال العين من ملک الموهوب له الی آخر یمنع من الرجوع

کما فی ماده «۸۷۰» إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه عن ملکه بالهبه و التسلیم فلا یبقی للواهب صلاحیه الرجوع. و هذا مما لا اشکال فیه انما الإشکال لو عادت الی ملکه ثانیا بشراء أو إقاله أو إرث أو غیر ذلک فهل یعود جواز الرجوع أم لا وجهان- من ان المانع إذا زال یعود الممنوع و من ان مناط جواز الرجوع بقاء العین فی ید الموهوب له علی ما کانت و الفرض هنا انها قد تغیرت صفه ملکیتها «و بعباره اجلی» ان حق الرجوع کان فی تلک الملکیه الحاصله بالهبه و قد زالت و هذه ملکیه جدیده لم یتحقق فیها حق الرجوع لأحد، و بعباره ثالثه أو وجه آخر ان الواهب له حق الرجوع فی الملکیه التی نشأت منه و هذه ملکیه.

اخری لا سلطه له علیها، و من هنا ذهب السید الأستاذ قدس سره الی المنع من الرجوع و لکن اللازم بین ما إذا کانت الملکیه العائده هی الأولی کما فی الإقاله و الفسخ فله الرجوع، و بین ما لو کانت غیرها کشراء و نحوه فلا رجوع، و مع ذلک فالمسأله من أصلها لا تخلو من نظر لان رجوع الموهوب الی الموهوب له علی حاله یحقق صدق قیام الهبه بعینها المحقق لموضوع الرجوع شرعا و المدار فیه علی صدق القیام و العرف ینظر الی تغیر العین و عدم تغیرها لا إلی الملکیه و تبدلها و عدم تبدلها أما قضیه ان الملکیه العائده هی الزائله أم غیرها فلا اثر له فی المقام أصلا بل المدار علی صدق القیام و عدمه.

«۲» لو شک ان العین هل تغیرت أم هی قائمه بحالها

اما للشک

فى ان تبدلها من تلك الحال الى الحال التى هى فيه فلا يوجب صدق عدم القيام أو من جهه الشك فى أصل التبدل فالظاهر انه لا رجوع لعدم إحراز تحقق الموضوع و مع الشك فى تحقق الموضوع لا مجرى للاستصحاب نعم يمكن ان يقال ان هذه العين كان يجوز للواهب الرجوع فيها و الآن كما كان و ملك الصفه الزائله ما كانت قيدا فى الموضوع بل هى بسبب الشك كالتغير فى الماء النجس فان زوال التغير لا يمنع من استصحاب نجاسته

(٣) قد يقال ان وطئ الجاريه و ان لم يحصل به حمل تصرف مسقط للرجوع

بدعوى انه تغيير فى الصفات النفسانيه و هو كما ترى ممنوع صغرى و كبرى نعم لو حملت و كانت بكرا فافتضها أو تكرر منه الوطء كان من التصرفات المسقطه للرجوع لعدم قيامها بعينها، و من هنا يظهر الكلام فى الإجاره فإنها لا تمنع الرجوع لان العين قائمه على حالها و الإجاره لا تغير من العين المستأجره شيئا حسيا فضلا عن مثل العاريه و الوديعه، و لو آجر الموهوب له العين الموهوبه ثم رجع الواهب فى الأثناء فهل تبقى الإجاره بحالها و يسترجعها الواهب بعد انقضاء المده أو تنفسخ الإجاره و يسترجعها حالا أو لا يصح الرجوع أصلا، وجوه أوجهها الأول لأنه عقد صحيح صدر من أهله فى محله فلا وجه لبطلانه غايته ان الواهب له حق الاسترجاع و مقتضى الجمع بين الحقين ان يسترجعها مسلوبه المنفعه، اما مثل التدبير و المكاتبه فضلا عن مثل العتق و الرهن أو غرس الأشجار أو بناء الأرض دارا أو مزج العين بمثلها بحيث لا تتميز فلا إشكال فى عدم الرجوع فى الجميع.

«۴» لو باع الواهب بعد الهبه و القبض العین الموهوبه

فـإن کـانت الهبه لازمه فلا إشکال فی انه فضولی موقوف علی اجـازه المتهب و ان کـانت جـائزه، فقیـل یقع باطلا ان قصـد به الرجوع عن الهبه و التملیک لانه لا بیع إلا فی ملک فلو توقف الملک علی البیع- دار- و ان شئت قلت ان السبب الواحد لا یعقل ان یکون مملکا للواهب و ناقلا هـذه الملکیه إلی المشتری فیکون عقـدا و فسـخا، و لکن تصـحیحه و دفع هذین المحذورین بان توقف ملکیته علی البیع المحقق للرجوع مما لا اشکال فیها فلا یملک الا بالبیع و لکن یکفی فی الملکیه المصـححه للبیع اقترانها بـالبیع لا تقـدمها و سـبقها، و قاعـده لا بیع إلا فی ملک، لا تقتضـی أکثر من لزوم کون البیع مع الملک أعم من کونه سابقا أو مقارنا، توضـیح ذلک ان الرجوع فی الهبه کالرجوع فی الطلاق لا یحتاج الی عقـد و لا إیقاع بل یکفی فیه القول الدال علیه کما یکفی أی فعل من الأفعال الظاهره فی قصـد الرجوع فالبیع الصادر من الواهب بما هو فعل قصـد به الرجوع یکون فسـخا و مملکا له و بما هو عقـد بلحوق القبول یکون ناقلا و مملکا للمشتری فعنـد شـروعه بالإیجاب انفسـخت الهبه و رجع ملکا للواهب و عند تمـامیه العقـد إیجابـا و قبولا یعود ملکا للمشتری و ینتقل الیه من الواهب فانـدفع المحـذوران مع المحافظه علی القواعـد و اتجه القول بالصـحه و له نظائر منها بیع ذی الخیار لنفسه ما انتقل عنه بقصد الفسخ، و منها عتق العبد الموهوب بقصد الرجوع فی الهبه فتدبره و اغتنمه فإنه من نفائس العلم

(السبب الخامس) من أسباب لزوم الهبه- تلف العین الموهوبه

کما

نصت علیه ماده [۸۷۱] إذا استهلک الموهوب فی ید الموهوب له فلا یبقی للرجوع محل یعنی ان حق الرجوع قائم بشخص العین فیذهب بذهابها لا- بمالیتها حتی ینتقل الی المثل أو القیمه کما فی الفسخ بالخیار بعد تلف العین و لا فرق فی التلف المسقط للرجوع بین کونه سماویا أو بشریا من الواهب أو المتهب أو أجنبی کل ذلک لما تکرر من ان المعیار کون الهبه قائمه بعینها نعم یمکن القول بان تلف البعض لا یمنع حق الرجوع فی الباقی لأنه قائم بعینه و لا یخلو من نظر و الحق هو التفصیل بین ما إذا کان الموهوب متعددا حقیقه کثوب و کتاب فتلف أحدهما لا- یسقط حق الرجوع فی الآخر لأنه قائم بعینه و یرجع فی الحقیقه إلی هبتین و بین ما یکون واحدا بحسب الصدق العرفی و ان کان مرکبا ذا أجزاء فی الحقیقه کالثوب الواحد المؤلف من قطعات مختلفه أو متفقه فلو تلف بعض اجزائه سقط حق الرجوع فی الباقی لعدم قیام الهبه بعینها و هی هبه واحده و منه یتضح لک حال نقص العین مطلقا فان المعیار فیه صدق القیام فان انتفی فلا رجوع و الا فحق الرجوع باق و الحکم الکلی واضح و انما الإشکال فی التطبیق و معرفه حال المصادیق و هی التی یقع الشک و الاشتباه فیها غالبا فمثل نسیان الکتابه و أمثالها من الصفات النفسانیه یقع الشک انها مغیره للعین أو لا بل هی قائمه بعینها و منشأ ذلک ان المدار علی التغییر الحسی فقط أو الأعم منه و من النفسی و الموارد تختلف و المدار علی العرف أو نظر الحاکم ان کان منهم.

و یلحق بالتلف الحقیقی و هو هلاک العین التلف الحکمی و هو انتقالها

ببيع أو صلح فضلا عن مثل العتق و الانعتاق بالتنكيل و الأسباب الخاصه المعروفه، نعم يشكل فى مثل التدبير و الكتابه و الأقرب فيها بقاء حق الرجوع فليتدبر، هذا كله فى الهبه الجائزه المجرده عن الشرط اما الهبه اللازمه التى اشترط الواهب فيها خيار الفسخ كما لو وهب قرابته و اشترط ان له الرجوع متى شاء فان له الفسخ حتى بعد التلف و يسترد المثل أو القيمه.

و الفرق بين حق الرجوع المجعول بأصل الشرع فى العين- و بين الفسخ المجعول بشرط الواهب فى العقد ظاهر بعد قليل من التأمل.

«السادس» من أسباب اللزوم موت الواهب أو المتهب بعد القبض

و لو لأجنبى فتلزم الهبه و لا رجوع لورثه الواهب و لا له على ورثه المتهب لان الرجوع حكم شرعى لا حق مالى حتى ينتقل كالخيار و نحوه إلى الورثه أو عليهم و لو سلم كونه حقا فهو قاصر على ذات الواهب و لا أقل من ان الأصل عدم الانتقال و العين بموت الموهوب له قد انتقلت الى ورثته و قد عرفت ان الانتقال أحد أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا سيما و الورثه ملكوه بالإرث لا بالهبه، و بهذا يستبين ما فى ماده «۸۷۲» وفاه كل من الواهب و الموهوب له مانعه من الرجوع بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبه إذا توفى الموهوب له كذلك ليس للورثه استرداد الموهوب إذا توفى الواهب

«السابع» كون الموهوب دينا على الموهوب له

كما فى ماده (۸۷۳) إذا وهب الدائن للمديون منجزا فليس له الرجوع.

فإنها فی الحقیقه إسقاط و إبراء و یقولون: ان الساقط لا یعود- یعنی إلا بسبب جدید و هذا یطرد فی کل کلی فی الذمه و ان لم یکن قرضا کثمن مبیع أو وجه إجاره أو نحو ذلک اما لو وهبه لغیر المدیون و لم یکن رحما و لا زوجیه فله الرجوع حتی بعد القبض و تخیل انه قد وهبه الکلی و المقبوض المصداق و هو شی ء آخر واضح الضعف

«الثامن» ماده (۸۷۴) لا یصح الرجوع عن الصدقه بعد القبض بوجه من الوجوه.

و کان الاولی ان یدخل هذا فی الهبه المعوضه فإن الثواب هو العوض و قد استحقه و کتب له فصار بحکم المقبوض و بحکم المعوضه، و لا فرق بین ان یجعلها بلفظ الصدقه و مشتقاتها أو بلفظ الهبه و متفرعاتها کما لا فرق بین کونها علی الفقیر أو الغنی أو المجهول و علی مسلم أو کافر ان تحققت القربه ببعض الجهات.

ماده (۸۷۵) إذا أباح الرجل لآخر شیئا من مطعوماته

فلیس له التصرف فیه بوجه مما یتوقف علی المالک کبیع و هبه و صلح و لکن له الأکل و التناول من ذلک الشی ء و بعد هذا لیس لصاحبه مطالبه قیمته مثلا إذا أکل أحد من بستان آخر بإباحته مقدارا من العنب فلیس لصاحب البستان مطالبه قیمه ذلک،،، من المعلوم ان الإباحه لیست تملیکا بل هو تسلیط علی التصرف فیقتصر علی مقدار الاذن و الرخصه فلو اذن له بجمیع التصرفات حتی الناقله کان من قبیل المعاطاه عند القائلین بالإباحه و الاشکال هناک یأتی هنا بالأولی. و لو رخصه علی

نحو مخصوص و تصرف معين تعين و ليس له التجاوز فلو تجاوز كان باطلا و لما كانت قرينه الحال فى إباحه المطعومات ظاهره فى إراده إباحه الأكل خاصه تعينت كالمدعويين فى الولائم و نحوها و لا يجوز غير الأكل من التصرفات و له نظائر قد تقدم بعضها فليراجع و منها ما فى ماده (۸۷۶) الهدايا التى ترد فى الختان و العرس تكون لمن ترد باسمه من المختون و العروس و الولد و الوالده و ان لم يذكر أنها وردت لمن و لم يمكن السؤال عنها و التحقيق فعلى ذلك يراعى عرف البلد و عادتها يعنى إذا خصها المالك اختصت و الا فالمتبع هو العرف الخاص و على كلا التقديرين فهى من مصاديق التمليك المجانى و لا إشكال فى هذا انما الإشكال أنها هل هى من الهبه الجائزه التى يجوز الرجوع فيها و الحكم بذلك و لا سيما مع تبانى العرف على عدم الرجوع فيها مشكل و الحكم بلزومها مع عدم وجود أحد الأسباب الملزمه أشكل فالمسأله تحتاج الى مزيد دقه و تأمل.

و نظير هذا الهدايا المرسله الى المسافرين عند قدومهم أو منهم الى أصدقائهم و أقربائهم و أمثال ذلك و هو كثير و منه ما يعطى بعنوان الاعانات و المساعدات فان الجميع تمليكات مجانيه و حالها من حيث جواز الرجوع و عدمه ما عرفت.

الفصل الثانی فی (هبه المریض)

یعنی مرض الموت التی تتوقف فیه تصرفات المریض المجانیه الزائده علی الثلث علی اجازه الورثه عند کثیر من الفقهاء و عند آخرین تنفذ من حینها و لا تتوقف و المسأله مشهوره و محرره فی محالها من کتب الفقه ککتاب الحجر و الوصیه و الغرض هنا ذکر ما یتعلق بالهبه لأنها من أشهر التصرفات المجانیه و أکثرها وقوعا.

ماده (٨٧٨) إذا وهب من لا وارث له جمیع أمواله لأحد فی مرض موته و سلمها فیصح بعد وفاته و لیس لأمین بیت المال المداخله فی ترکته.

الهبه فی مرض الموت کالهبه فی غیره لا تخرج عن حقیقه الهبه و لا ترجع إلی الوصیه کما توهمه بعض الشراح فإن الهبه تملیک منجز و الوصیه تملیک معلق علی الموت فأین هذا من ذاک، نعم الفرق بین الهبتین ان التی تقع فی حال الصحه تصح بعد القبض و لا سلطه الا للواهب علی حلها ان کانت جائزه و التی تقع فی مرض الموت یراعی فیها

قضيه الثلث عند أرباب هذا القول فان ساوت أو قصرت نفذت من حينها و ان زادت فان كان هناك وارث غير الإمام فأجاز جازت و الا بطلت فى الزائد و ان لم يكن سوى الإمام فالأمر اليه ان شاء أنفذها فى الجميع و ان شاء أبطلها فى الزائد و كذا الكلام فى نائبه العام و الخاص، و كذلك هبه كل من الزوجين للآخر حيث لا وارث سواه غير الإمام فإن المال كله للآخر منهما على كل حال اما هبه أو ميراثا فرضا أو ردا على القول بأن الزوجه يرد عليها، اما لو كان وارث غير الموهوب له فالمدار فى الزائد على اجازته كما عرفت و عليه ماده (٨٧٩) إذا وهب أحد فى مرض موته شيئا لأحد ورثته و بعد وفاته لم تجز الورثه الباقون فلا تصح تلك الهبه.

و هذا صحيح و لكن لا وجه لتخصيص الموهوب له بأحد الورثه بل و لو لأجنبى و تنفذ بإجازه الورثه سواء كانت قبل موته أو بعده و توهم عدم صحتها قبل موته لأنها إسقاط ما لم يتحقق مدفوع بان مرض الموت موجب لتعلق حق للورثه بتركه مورثهم فى الزائد على الثلث عند أرباب هذا القول كتعلق حق الغرماء و لذا يكون محجورا عليه فى الزائد و باعتبار ذلك الحق تصح إجازتهم و يعتبر ان يكون المجيز عاقلا بالغا غير مريض مرض الموت و للولى أو الوصى الإجازه مع المصلحه لا مطلقا نعم المعتبر هو الوارث عند الموت لا عند الهبه فلو أجاز الوارث عند الهبه ثم مات قبل الواهب لغت اجازته طبعا.

و تصح الهبه للوارث و لغيره كما تصح الوصيه كذلك من صحيح

و مريض، و ما يرويه الجمهور من حديث (ان اللّه قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث) غير معمول به عندنا و محمول على عدم وجوب الوصيه للوارث لأن إرثه الذى فرضه اللّه يدفع وجوب الوصيه و فى بعض الروايات ما يشير الى ذلك، نعم لا ريب ان ترجيح الورثه على بعض فى الهبات و التمليكات الصلحيه أو البيوع المحاباتيه- جور و إجحاف على باقى الورثه كما فى كثير من الاخبار و هو مكروه كراهه شديده تكاد تلحقه بالحرام نعم و قد يبلغ الحرمه إذا استلزم حصول الشحناء و البغضاء بين الاخوه و الأولاد، و فى بعض الاخبار ان أحد الصحابه اشهد النبى «ص» على تمليك عقار لبعض ولده فقال له النبى صلى اللّه عليه و آله هل أعطيت بقيه ولدك مثل ما عطيته فقال لا فقال (ص) هذا جور و انا لا اشهد على جور- هذا كله مع تساوى الأولاد من سائر الجهات اما لو تميز أحدهم ببعض المرجحات فقد يستحب الترجيح بل قد يجب مع الأمن من المفسده كما لو كان أحدهم فقيرا أو مريضا أو عاجزا عن الكسب أو مشغولا بطلب العلم أو نحو ذلك من المميزات و هذا باب واسع و له إغلاق و أقفال كثيره مفاتيحها العقل و العدل و الوجدان هذا كله فى الهبه للوارث (اما لو وهب و سلم لغير الورثه فإن كان ثلث ماله مساعدا وافيا بتمام الموهوب تصح و ان لم يكن وافيا و لم تجز الورثه الهبه تصح فى المقدار الوافى و يكون الموهوب له مجبورا على رد الباقى).

و قد عرفت انه لا فرق فى ذلك بين الهبه للوارث و غيره و يلحق

بـالهبه جميع معاملاـته المحابـاتيه كمـا لو بـاع أو آجر أو صالـح بأقـل من ثمن المثـل فإنها جميعا تتوقف على اجازه الورثه لأنها تزاحم حقوقهم فى الثلثين امـا ما كان بثمن المثل أو أزيـد فينفـذ من حينه بلا توقف و كـذا الكلام فى حق الغرماء فيما لو كانت الديون تسـتغرق التركه فإن تصرفات مرض الموت المحاباتيه لا تنفذ إلا بإجازه الغرماء فلو وهب بغير عوض مساوى كان لهم رد الهبه و استرداد الموهوب و لو كانت الديون تقابل نصف أمواله أو ثلثيها لوحظت النسـبه فإن كانت الهبه أقل من النصف توقفت على اجـازه الورثه فقـط و ان كـانت أزيـد توقفت على إجـازتهم و اجازه الغرماء و الى بعض هـذا أشارت ماده (۸۸۰) إذا وهب المسـتغرق تركته بالـديون أمواله لوارثه أو لغيره و سـلمها ثم توفى فللغرماء ان يدخلوا أمواله فى قسـمتهم ان لم يمضوا الهبه،،، و هى مجمله و التحقيق الوافى ما ذكرناه.

(و الى هنا تم كتاب الهبه و يليه كتاب الغصب و الإتلاف)

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

الكتاب الثامن (فى الغصب و الإتلاف

اشاره

و يشتمل على مقدمه و بابين)

المقدمه (فی بیان الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالغصب و الإتلاف)

اشاره

ماده (۸۸۱)

الغصب:

هو أخذ مال أحد و ضبطه بدون اذنه و یقال للآخذ غاصب و للمال المضبوط مأخوذ و لصاحبه مأخوذ منه، جرت طریقه الفقهاء من العامه و الخاصه أن یفردوا فی کتبهم الفقهیه کتابا خاصا للغصب مع ان المباحث التی یذکرونها فی هذا الکتاب لیست من آثار الغصب أصلا و انما هی من آثار الید- و الغصب فرع من فروعها و هی الأصل و سیأتی ان الغصب انما یمتاز عن سائر موارد الید فی الحرمه التکلیفیه فقط و کان الأصح ان یجعل عنوان هذه المباحث (کتاب أسباب الضمان) و أولها الید و لعله من تسامح الأولین و اقتفی أثرهم جل الآخرین.

و تحریر البحث کما هو حقه- ان أسباب الضمان و نعنی به صیروره مال شخص فی عهده آخر بأن یؤدیه إلیه عینا أو بدلا مثلا أو قیمه و أسباب

هذا و ان كانت كثيره و لكن أشهر أصول الضمانات و أكثرها وقوعا و أوسعها فروعا- أربعه «۱» اليد «۲» الإتلاف «۳» الالتزام «۴» الغرور. و المراد باليد الاستيلاء على مال الغير بغير حق يعنى بغير اذن من المالك و لا الشارع فان كان عالما عامدا مختارا فهو عدوان محرم مضاف إلى أثره الوضعى من لزوم دفع غرامته لو تلف و هو الغصب المعروف و ان لم يكن كذلك فلا حرمه بل عليه الضمان فقط اى وجوب رد العين موجوده ورد بدلها مفقوده،،، و قد اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف الغصب ففى المجله هو الأخذ. و فى جمله من متون فقهائنا هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا و هذا التعبير أقربها إلى الحقيقه و ان كان لا يخلو من خدشه و هناك تعبيرات اخرى كلها قاصره و تعريف المجله أشدها قصورا إذ لا يعتبر فى الغصب الأخذ بل لو استولى على المال و هو فى يد صاحبه كان غصبا كما لو سكن الدار معه و صيره مأمورا بأمره، و كذا التعبير بالاستقلال فان وضع اليد على الشى ء مع يد المالك كما لو ركب الدابه معه غصب و ان لم يكن هناك استقلال، و مثله التعبير عنه بإزاله اليد المحقه و وضع اليد المبطله و كيف كان فقد ظهر لك ان أحسن ما يمكن التعبير عنه بالمعنى العام انه اى الغصب الاستيلاء على مال الغير بغير حق و بالمعنى الخاص و هو المحرم عقلا و شرعا الاستيلاء على مال الغير عدوانا، و الفرق بينهما واضح و من الغريب ان المجله جعلت الآخذ هو الغاصب ثم غفلت عن جعل المأخوذ مغصوبا و المأخوذ منه مغصوبا منه، و يشبه ان يكون هذا من

قبیل ما یسمونه فی البدیع «بالإطاعه و العصیان».

ماده (۸۸۲) قیمه الشی ء قائما هی قیمه الابنیه أو الأشجار حال کونها قائمه فی محلها

و هو ان تقوم الأرض مع الابنیه و الأشجار و تاره تقوم علی ان تکون خالیه عنهما فالتفاصیل و التفاوت الذی یحصل بین القیمتین هو قیمه الأبنیه و الأشجار قائمه.

و أسهل من ذلک ان تقوم نفس الابنیه من حیث هی متراصه و مجتمعه و الأشجار من حیث کونها نابته نامیه و هذا شی ء قد یعرفه أهل الخبره بسهوله. و من هذا القبیل تقویم ثمن الزوجه من الابنیه و الأشجار علی المشهور عندنا من انها لا ترث من أعیانها بل من القیمه.

ماده (۸۸۳) قیمه الشی ء مبنیا

هی قیمه البناء قائما.

ماده (۸۸۴) قیمه الشی ء مقلوعا

هی قیمه انقاض الابنیه و الأشجار بعد القلع.

ماده (۸۸۵) قیمه الشی ء حال کونه مستحقا للقلع

هی للقیمه الباقیه بعد تنزیل اجره القلع من قیمه المقلوع.

هذه المواد مع انها من الواضحات قلیله الجدوی ضئیله الفائده

ماده (۸۸۶) نقصان الأرض هو الفرق و التفاوت الذی یحصل بین أجره الأرض قبل الزراعه و بعدها.

یعنی إذا زرع الغاصب أو غیره و نقصت الأرض بذلک التصرف و أرید معرفه قدر النقیصه بنظر التفاوت بین أجرتها قبل الزراعه و بعدها و لو جعلوا المعیار التفاوت بین قیمتها قبل ان تزرع و بعدها لکان أهون

و أتقن.

(۸۸۸) الإتلاف تسببا هو التسبب لتلف شی ء

یعنی إحداث أمر فی شـی ء یفضـی الی تلف شـی ء آخر علی جری العاده و یقال لفاعله متسـبب کما ان قطع حبل قندیل معلق یکون سـببا مفضـیا لسـقوطه علی الأرض و انکساره و یکون قد أتلف الحبل مباشره و کسر القندیل تسببا و کذلک إذا شق أحد ظرفا فیه سـمن و تلف ذلک السـمن یکون قد أتلف الظرف مباشره و السمن تسبیبا،،، تشیر المجله بهذا الی ان الإتلاف الذی هو أحد أسـباب الضمان نوعان لان المتلف اما ان یتلفه مباشره أو تسبیبا و قد أشارت إلی تعریف التسبیب و هو إحداث أمر فی شی ء یفضـی الی تلف شـی ء آخر و سـاق له تلـک الأـمثله التی هی مثـال للتسبیب کما هی مثال للمباشـره التی لم یـذکر تعریفها و ضابطتها و قد تکثرت العبارات فی إعطاء الضابطه الفارقه بین المباشـره و التسبیب فان الحکم و هو الضـمان حیث یجتمع المباشر و السـبب یختلف فتـاره یکون علی المباشـر و اخری علی السـبب فلاـ بـد من ضـابطه یمتـاز بهـا أحـدهما عن الأـخر، و الضـابطه المـذکوره فی المجله مختله و توضـیح ذلک یسـتدعی تمهید (مقدمه) و هی ان الافعال التی تسـند إلی الإنسان نوعان (قیامیه) و هی التی تقوم بالفاعل قیام حلول مثل النوم و الموت و الحیاه إلی کثیر من نظائرها فإن نسـبه الموت الی زید فی قولک مات زید لیس لان الموت صـدر منه بل لانه حل به و قام فیه و هکـذا القول فی أمثاله و نسـبه هـذه الأحـداث إلی الموضوعات القائمه بها انما بضرب من التوسع و الا فحقیقه النسبه تقتضی صدور الفعل

من الفاعل لا حلوله فيه و ليست تلك الاحداث الفاعليه من أفعالنا بل لها أسباب و علل خاصه توجد بوجودها انما أفعالنا حقيقه هى القسم الثانى و هى «الصدوريه» أى التى تصدر من الشخص حقيقه و تسند اليه بلا- عنايه مثل القتل و الأكل و الشرب و أضرابها و هى أيضا نوعان «توليديه» و هى التى يوجد الفاعل أسبابها فيسند اليه مسبباتها مثل الإحراق حيث يقال فلان أحرق البيت يعنى انه القى النار عليه أو ألقاه فيها فاحترق و أكثر أفعال البشر من هذا القبيل «و غير توليديه» و هى التى يوجد الفاعل المسبب بلا واسطه بل يكون السبب صرف إرادته و هو قليل مثل الكلام و القيام و اضرابهما و كلا النوعين هى من أفعالنا مباشره فالفاعل المباشر هو موجد الشى ء رأسا بإرادته أو موجد سببه.

و حيث ان تأثير الأسباب فى الغالب لا يكون الا بانضمام الشروط و سبق المعدات فربما يوجد السبب بفعل شخص و يوجد غيره الشرط أو المعد فموجد السبب هو المباشر و موجد الشرط أو المعد اصطلحوا عليه اصطلاحا خاصا فى هذا الباب انه المسبب مع ان فاعل السبب غيره مثلا من حفر بئرا فى الطريق لغرض له فالقى فيها شخص رجلا آخر أو دابه فالمباشر هو الملقى و حافر البئر هو فاعل الشرط أو المعد فإذا تغاير المباشر و فاعل الشرط أو المعد فالضمان على المباشر إلا فى موردين كما سيأتى اما إذا اتحد بان كان المباشر هو فاعل الشرط أو المعد كما لو كان الملقى هو الحافر فالضمان عليه على كل حال، و مما ذكرنا يظهر لك الخلل فيما ذكرته المجله و ذلك من وجهين (الأول) ان قاطع الحبل المعلق به القنديل

إذا وقع و انكسر هو كاسر القنديل مباشره غايته انه فعل أحدهما بإرادته و الآخر بإيجاد سببه و كلا الفعلين كما عرفت هما من أفعال المباشره لغه و عرفا بل و عقلا.

(الثانى) حيث ان الفاعل لهما واحد فليس هو من موارد الفاعل مباشره أو تسبيبا. و انما موردهما حيث يتعدد الفاعل فيكون فاعل السبب غير فاعل الشرط أو المعد، فتدبر هذا و اغتنمه فقد اشتبه على كثير من الفريقين.

ماده (۸۸۹) التقدم هو التنبيه و التوصيه بدفع الضرر الملحوظ و إزالته قبل وقوعه.

هذه الماده غير واضحه المراد، و لا معلومه المفاد. و فسرها البعض بما حاصله ان جدار الجار إذا مال الى الانهدام فللشخص ان يقول لجاره ان جدارك متصدع فاهدمه فان لم يفعل فسقط و أتلف شيئا ضمن انتهى.

«أقول» و هذا ما لا جدوى فيه فان صاحب الجدار المنهدم إذا أتلف على جاره شيئا كان ضامنا إذا عد مقصرا كما هو الغالب سواء أنذره جاره أم لا، و الذى ينبغى التنبيه عليه فى هذه القضيه اعنى قضيه الإنذار هو ان المتلف إذا نبه صاحب المال و أنذره بالتحفظ فلم يتحفظ فلا ضمان على المتلف مثلا لو وجد راكب الدابه امامه فى الطريق متاعا لشخص فانذره و قال له قبل ان يصل اليه ارفع متاعك من الطريق فلم يرفعه و سحقته الدابه و أتلفته فلا ضمان على الراكب لان صاحب المتاع هو الذى فرط فى حفظ متاعه نعم لو لم ينذره

و أتلفه کـان ضامنـا. و هـذا کله يرجع الى قضـيه التسبيب ففى الصوره الأـولى المتلف صـاحب المتـاع و فى الثانيه راکب الـدابه فتدبره.

ص: ۱۰۹

الباب الأول فی (الغصب

اشاره

و یحتوی علی ثلاثه فصول)

الفصل الأول « (فی بیان احکام الغصب)»

اشاره

قد عرفت ان الاستیلاء علی مال الغیر بغیر اذنه أو اذن الشارع یترتب علیه أحکام فإن کان عالما و العالم عامد کان غاصبا و عدوانا و ترتب علیه حکمان (أحدهما) تکلیفی و هو الحرمه و استحقاق العقوبه (و ثانیهما) وضعی و هو کون المال فی عهده واضع الید و معنی کونه فی العهده وجوب رده ان کان موجودا و دفع غرامته مثلا أو قیمه ان کان تالفا و ان کان جاهلا بأنه مال الغیر و وضع یده علیه ترتب الأثر الثانی فقط و لم یکن حرمه و لا عقوبه و الغصب هو الأول لا الثانی و لذا ذکرنا ان عنوان الکتاب بالغصب لیس فی محله فإن الاحکام التی نذکر فی هذا الکتاب لا شی ء منها یتعلق بالغصب بعنوانه الخاص و انما هی للعنوان

العام سواء كان غصبا أم لا و أول تلك الاحكام التی هی للعنوان الجامع و هو الاستيلاء علی مال الغير ما ذكروا، فی ماده «۸۹۰» يلزم رد المال المغصوب عينا و تسليمه الی صاحبه فی مكان الغصب ان كان موجودا و ان صادف الغاصب صاحب المال فی بلده اخری و كان المغصوب فيها فان شاء صاحبه استرده هناك و ان طلب رده الی مكان الغصب فمصاريف نقله و مئونه رده علی الغاصب،،، اعلم ان للمال الذی صار فی يد الغير بغير وجه شرعی ثلاث حالات (الاولی) أن يكون باقيا علی حاله لم يتلف و لم يتغير ثم لا- يخلو، اما ان يكون باقيا فی بلد الغصب أو نقل الی أخری و علی كلا التقديرين اما ان يحتاج نقله الی المحل الذی غصب فيه الی مئونه أو لا يحتاج و علی تقدير انتقاله الی بلد أخری فاما ان يطالبه صاحبه فی تلك البلد أو لا اما مع طلب المالك فلا إشكال فی وجوب رده له مطلقا و لا يجوز الامتناع من تسليمه له أينما كان نعم لو غصبه من بلد و نقله الی غيرها و طلبه المالك فی بلد ثالثه لا يبعد عدم وجوب نقله الی بلد الغصب أو تسليمه فی البلد الذی هو فيه و هو واضح، و اما مع عدم الطلب فالواجب رده الی المحل الذی أخذ منه و لا حق له فی جبر المالك علی تسلمه فی بلد آخر نعم لو كان نقله الی بلده التی غصب فيها لا يحتاج إلی مئونه كالدراهم و الخاتم و أشباه ذلك لم يبعد وجوب قبوله لو دفعه الغاصب فی بلد اخری و لا يجوز له الامتناع اما المحتاج إلی مئونه فهی علی الغاصب بلا اشكال، هذا كله فی الأحوال الاعتياديه اما لو طلبه و الطريق خطر أو فيه علی الغاصب أو غيره ضرر كان له الامتناع الا بتحمل المالك

التـدارک أو يلقى عنه تبعه الضـمان كمـا ان للمالک الامتناع من تسـلمه مع شـى ء من تلک الأحوال «الحاله الثانيه» ان يكون قد تلف و هلكت عينه و المتلف اما ان يكون المالک أو الغاصب أو أجنبى أو أمر سـماوى و الحكم فى جميع هذه التقادير واحد و هو الضـمان بدفع المثل أو القيمه إلا إذا كان المتلف هو المالک فإنه لا ضمان على الغاصب طبعا لأنه بمنزله الاستيفاء سواء كان المالـک عالمـا حين التلـف انه مـاله أم لاـ امـا لو كـان المتلف هو الأـجنبى فالمالـک مخير بين الرجوع عليه و بين الرجوع على الغـاصب ثم يرجع الغـاصب على الأجنبى لأن قرار الضـمان على من تتلف العين فى يـده و لا فرق فى التلف السـماوى بين كونه بتفريـط الغـاصب و تعـديه أم بغير ذلـک كما نبهت عليه ماده «٨٩١» كمـا انه يلزم الغـاصب ان يكون ضامنـا إذا اسـتهلک المال المغصوب كـذلک إذا تلف أو ضاع بتعـديه أو بدون تعديه يكون أيضا ضامنا قيمته يوم غصـبه،،، و قد اتفق فقهاء الفريقين على الفرق فى الضـمان بين المثلى فيضـمن بالمثـل و القيمى فيضـمن بالقيمه و قـد مر عليک فى أوائل الجزء الأول بيان ضابطه الفرق بينهمـا، انمـا المهم الكلاـم فيما لو اختلفت القيمه بين يوم الغصب و يوم التلف أو بين أحـدهما و بين يوم الـدفع فهل اللازم دفع قيمه يوم الغصب مطلقا أو يوم التلف كـذلک أو يوم التسـليم كـذلک أو أعلى القيم من الأول الى الثانى أو الى الثالث، و الفرق بين بـاب الغصب و غيره من أنواع الضـمانات وجوه بل أقوال و الخلاف قائم بين عامه أرباب المـذاهب فالمنقول عن أبى حنيفه ضمان قيمته يوم الغصب و هو ظاهر إطلاق المجله و نسب

الی أکثر فقهائنا اعتبار یوم التلف لانه یوم الانتقال من وجوب رد العین إلی القیمه ضروره ان العین لما کانت موجوده عند الغاصب کان الواجب علیه ردها عینا فلما تلفت انتقل الحق من العین إلی القیمه و لکن یشکل هذا بأنه مخالف لروایه صحیحه فی هذا الباب ظاهرها اعتبار قیمه یوم الغصب و حیث ان هذه الصحیحه تشتمل علی کثیر من احکام الضمانات و ضمان منافع العین المغصوبه و هی غریزه الفائده عظیمه البرکه فاللازم هنا نقلها بنصها ثم النظر فیما یستفاد منها:

روی الشیخ الطوسی رحمه اللّه فی الصحیح عن أبی ولاد قال اکتریت بغلا الی قصر بنی هبیره ذاهبا و جائیا بکذا و کذا و خرجت فی طلب غریم لی فلما صرت قرب قنطره الکوفه خبرت ان صاحبی توجه الی النیل فتوجهت الی نحو النیل فلما أتیت النیل خبرت انه توجه الی بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بینی و بینه و رجعت الی الکوفه و کان ذهابی و مجیئی خمسه عشر یوما فأخبرت صاحب البغل بعذری و أردت أن أتحلل منه فیما صنعت و ارضیه فبذلت له خمسه عشر درهما فأبی أن یقبل فتراضینا بأبی حنیفه و أخبرته بالقصه و أخبره الرجل فقال لی ما صنعت بالبغل قلت أرجعته سلیما قال نعم بعد خمسه عشر یوما قال فما ترید من الرجل قلت أرید کراء بغلی فقد حبسه علی خمسه عشر یوما فقال انی ما اری لک حقا لانه اکتراه الی قصر بنی هبیره فخالف فرکبه الی النیل و الی بغداد فضمن فیه البغل و سقط الکراء فلما رد البغل سلیما و قبضته لم یلزمه الکراء قال فخرجنا من عنده و أخذ صاحب

البغل يسترجع فرحمته مما افتى به أبو حنيفه و أعطيته شيئا و تحللت منه و حججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد اللّه عليه السلام بما افتى به أبو حنيفه فقال فى مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها و تحبس الأرض بركاتها فقلت لأبى عبد اللّه عليه السلام فما ترى أنت جعلت فداك قال ارى له عليک مثل کرى البغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد و مثل کرى البغل من بغداد إلى الكوفه و توفيه إياه قال قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال لا لأنك غاصب قلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق ليس كان يلزمنى قال نعم قيمه بغل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر قال عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلک قال أنت و هو اما ان يحلف هو فيلزمک و ان رد عليك اليمين فحلت على القيمه لزمک ذلک أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمک فقلت انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللنى فقال إنما رضى بها و حللک حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور و الظلم و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفتيتک فإن جعلک فى حل بعد معرفته فلا شى ء عليک بعد ذلک (انتهى).

و ذكر بعض اعلام فقهائنا المتأخرين ان موضع الدلاله منها كلمتان [الاولى] ظهور قوله نعم قيمه بغل يوم خالفته فان الظاهر ان اليوم قيد للقيمه سواء أضفنا البغل الى اليوم أو جعلناه منونا عوض اللام فيكون التقدير قيمه البغل يوم المخالفه و سقوط اللام حينئذ للإضافه

لا للتنكير ليكون موهما أنها قيمه بغل مثل البغل لو تلف فيدل على ضـمان القيمى بالمثل و القيمه هى قيمه المثل لا قيمه التالف، و احتمل جماعه تعلقه بالفعل المسـتفاد من نعم اى يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل فلا يـدل على قيمه يوم المخالفه، ثم قال و هو بعيـد جـدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسـبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضـمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفه قيمه بغـل يوم خـالفته [الثـانيه] قوله أو يأتى صاحب البغل بشـهود يشـهدون ان قيمه البغل يوم اكترى كـذا و كـذا فإن إثبات قيمه يوم الاـكتراء من حيث هو يوم الاـكتراء لا جـدوى فيه فلا بـد ان يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه لأنه هو يوم الاكتراء فان المخـالفه على ظـاهر الروايه كـانت بمجرد خروجه من الكـوفه و معلـوم عـدم اختلاـف القيمه فى تلـك المـده القليله أى مـا بين الخروج من الكوفه و التوجه الى نحو النيل المحقق للمخالف (انتهى ملخصا).

و أقول ان فيما افاده قدس سره مواقع للنظر أما «أولا» فقوله و اما ما احتمله جماعه إلى قوله فبعيد جدا بل غير ممكن- غريب جدا فان الاسـتفهام فى كلام الراوى أ ليس يلزمنى- لم يكن حقيقيا و انما هو تقريرى أو انكارى و لم يقصد به السؤال عما يضـمن به بل عن أصل الضـمان فإن الإمام عليه السـلام لما الزمه بالكراء من الكوفه إلى النيل و منها الى بغـداد ثم منها إلى الكوفه اسـتنكر السائل ذلک، و استفهم إنكارا

- أ ليس- يلزمنى ضمان العين يغنى فكيف أضمن الأجره مع انى ضامن العين لو تلفت مشيرا الى فتوى أبى حنيفه المستنده إلى قاعده (الضمان بالخراج) فليس فى السؤال تعرض للقيمه أصلا و ليست هى من محل البحث فى شى ء فضلا عن التعرض لقيمه أى يوم من يومى الغصب أو التلف و انما ذكر الامام عليه السلام يوم المخالفه و قال قيمه بغل يوم خالفته إشاره إلى رد الاستنكار و انک بمخالفتک و غصبک خرجت عن الامانه فصرت ضامنا للعين و تعلق الضمان يوم المخالفه و من أجل المخالفه و لو كنت مستمرا على اجارتک و لم تخالفها كنت أمينا و لم تكن ضامنا فحاصل الجواب نعم يلزمک يوم المخالفه قيمه البغل لو عطب و لا اشعار فيها فضلا عن الظهور بان المدار على قيمته يوم التلف أو يوم الغصب أو غيرهما (و ثانيا) ان من الممكن منع اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفه إذ من الجائز انه قد اكتراه قبل خروجه بأيام و لو سلم انه اكترى يوم سفره و لكن يمكن منع قرب عدوله الى نحو النيل من ساعه خروجه من الكوفه و لو كان قريبا منها لرجع الى صاحب البغل و راجعه فى الإجاره إلى النيل و الظاهر ان قنطره الكوفه بعيده عنها، و لو سلم كل ذلک فلا دلاله فيها على ان اعتبار يوم الاكتراء كان من جهه وقوع المخالفه فيه بل لعله من أجل ان يكون هو الأصل المحفوظ فاما ان يتفقا على بقائه على تلك القيمه إلى يوم التلف أو يدعى المالك الزياده أو المستأجر النقيصه فيرجعان الى من يحكم بينهما حسب الأصول و القواعد و تعيين المدعى و المنكر و الأخذ بوظيفه كل منهما كما يشعر به ذيل الروايه و أغرب من

هذا انه قدس سره بعد استظهاره اعتبار يوم المخالفه قال ما نصه- نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحه بأنه لا يبعد ان يكون معنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الروايه من عدم اختلاف قيمه البغل فى مده خمسه عشر يوما و يكون السر فى التعبير بيوم المخالفه دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام من ان العبره بقيمه ما اشترى به البغل الى آخره.

و هذا من الغرابه بمكان فان الحكم الواقعى لو كان هو اعتبار قيمه يوم التلف لكان اللازم بيانه و ببيانه يحصل دفع توهم العوام و لا وجه للتعبير بخلاف الواقع و ان العبره بيوم المخالفه لدفع ذلك التوهم مع ما فيه من الإغراء بالجهل، و بالجمله فالعدول عن بيان الواقع الى خلافه بذكر يوم المخالفه تاره و يوم الاكتراء اخرى مع ان العبره بيوم التلف واقعا لم يظهر له وجه أصلا بل غير جائز قطعا، و من جميع ذلك ظهر ان الروايه بمعزل عن تعيين قيمه أى يوم من الأيام المحتمله بل جل الغرض منها بيان أصل ضمان المنافع كضمان العين دفعا لشبهه أبى حنيفه التى تقدم توضيحها و الجواب عنها غير مره و بعد ان خلت القضيه عن النص فى تعيين قيمه يوم الغصب أو يوم التلف فاللازم الرجوع الى مقتضى القاعده و هو اعتبار قيمه يوم التلف لانه يوم انتقال الحق من العين إلى القيمه و اشتغال الذمه بها كما ذهب إليه أكثر فقهائنا و دعوى ان الذمه قد اشتغلت بالقيمه يوم الغصب نظرا الى ان معنى ضمان العهده كما تقدم مرارا هو وجوب رد العين مع وجودها و تداركها بالبدل مع فقدها

مدفوعه بأن اشتغال الذمه (أولا) كان فرضيا و تقديريا (و ثانيا) كان على نحو الإبهام و الإجمال و تنجزه و تعيينه يكون يوم التلف فالمدار عليه، و من هنا ظهر الحكم فيما لو كان الاختلاف من حيث المكان كما لو كان للعين قيمه فى بلد الغصب و اخرى فى بلد التلف و ثالثه فى بلد المطالبه أو التسليم فالظاهر تعيين قيمه بلد التلف لأنها هى التى استقرت و تنجزت فى الذمه و بها يحصل التدارك للعين شرعا و عرفا و لذا اتفقوا ظاهرا على عدم العبره بزياده قيمه العين بعد التلف الا من القائل بأعلى القيم من زمان الغصب الى وقت الدفع و هو شاذ و لم يعلم وجهه و أقصى ما يقال فى توجيهه ان العين كانت مضمونه فى جميع الأزمنه فإذا ارتفعت قيمتها فى زمان صار تداركها لا يحصل الا بدفع تلك القيمه فكما انها لو تلفت تعينت هى فكذا إذا حال أحد بينهما و بين المالك إذ بقاؤها مع عدم تمكنه منها مساو لتلفها حكما نعم لو ردها فقد حصل التدارك بنفس العين و لو نقصت قيمتها لان ارتفاع القيمه السوقيه أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا و ان كان مقوما لماليه المال و به تتمايز الأموال قله و كثره (و بيان) آخر ان للعين مع تزايد القيمه مراتب من الماليه أزيلت يد المالك عنها فان رد نفس العين سقط الحق و لم يضمن الزياده لأنها اعتبار يتبع العين و الا ضمن العين بعليا مراتبها هذا كله لو علمت القيم يوم الغصب و يوم التلف اما لو شك فى قيمتها يوم التلف و انها كانت عشره أو خمسه فالمرجع الى الأصل العملى و هو أصاله اشتغال ذمه الغاصب و لا يحصل اليقين ببراءه ذمته من حق المالك

الا بدفع الأكثر و استدل بهذا أيضا لوجوب دفع أعلى القيم من زمن الغصب الى وقت التلف أو الى وقت الدفع و لكنه فى الجميع واضح الضعف و ليس المورد من موارد الاشتغال بل من موارد أصل البراءه لأن التكليف بالأكثر غير معلوم و القدر المتيقن هو الأقل و ينفى المشكوك بالأصل كما فى سائر موارد الشک بين الأقل و الأكثر، نعم لو كان التكليف مرددا بين متباينين أو مجملا تعين الرجوع الى الاشتغال ثم ان هذا كله انما هو فى تفاوت القيمه السوقيه الناشئه من تفاوت الرغبات اما الارتفاع لزياده العين فلا خلاف فى ضمان أعلى القيم و تكون الزياده فى القيمه بإزاء زياده العين و ضمانها كضمان الجزء الفائت نعم يجرى الخلاف فى ضمان هذه الزياده و انه باعتبار قيمتها يوم الغصب أو يوم التلف أو غير ذلک (هذا تمام الكلام) فى القيمى و جميع ما ذكر فيه يجرى فى المثلى إذا تعذر المثل و انتقل الحق إلى قيمته أى قيمه المثل سوى ان يوم التعذر هنا يقوم مقام يوم التلف هناک لانه هو اليوم الذى ينتقل الحق فيه من العين إلى القيمه فيعتبر قيمه المثل يوم تعذره لا قيمه يوم التلف (الحاله الثالثه) من حالات العين المغصوبه تعذر الوصول إليها و عدم إمكان ردها الى المالك مع وجودها و عدم تلفها و هلاكها كما لو أبق العبد من الغاصب أو شردت الدابه أو وقع المال المغصوب فى البحر أو ضاع أو سرق و أمثال ذلک و قد اتفقوا هنا على وجوب التدارک بدفع البدل مثلا فى المثلى و قيمه فى القيمى و يسمونه (بدل الحيلوله) و لكنهم وقعوا فى محذور عويص ارتكبوا أشد الارتباک فى التخلص منه

و هو انهم اتفقوا ان ما يدفعه الغاصب من البدل يملكه المغصوب منه و يتصرف فيه جميع التصرفات المتوقفه على الملكيه من بيع و رهن و وقف و غيرها ثم اتفقوا على الظاهر ان المغصوب الذى يتعسر أو يتعذر الوصول اليه كما لو كان ضائعا مجهول المحل مثلا- هو باق على ملك مالكه المغصوب منه و لهذا لو ظهر بعد ذلك يرجع له لا للغاصب الضامن و يؤيده انه لم يجر معامله توجب الانتقال فلزم من هذين الأمرين محذور اجتماع البدل و المبدل فى ملك شخص واحد اى اجتماع العوض و المعوض بل كون العوض بلا معوض و هو محال عقلا باطل شرعا، و حاول بعضهم التفصى عن الاشكال بالتزام عدم دخول البدل فى ملك المغصوب منه بل مفاد هذه المبادله إباحه جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملكيه فيكون المقام نظير المعاطاه على القول بالإباحه لا الملكيه و يكون بيعا لازما بتلف أحد العوضيين فكذلك ما نحن فيه و لكنك خبير بان هذا لا يجدى فى رفع الإشكال لأنهم فى المعاطاه على القول بالإباحه التزموا بحصول الملكيه آنا ما قبل التصرف الموقوف على الملك كالوقف و البيع فلو التزمنا هنا بذلك عاد الاشكال تماما حيث يلزم ان يكون المغصوب منه قد ملك البدل مع بقاء المبدل على ملكه و لذا لو ظهر رجع اليه لا- الى الغاصب ففى المعاطاه يلتزمون عند التصرف بالمعاوضه على حقيقتها بخلافه هنا و من هنا أيضا ينشأ إشكال آخر و هو انه لو رجع المبدل المغصوب و أمكن رده الى مالكه فهل يرجع ما أخذه من البدل علينا أو بدلا الى الغاصب مطلقا أو لا يرجع مطلقا فيجمع بين العوض و المعوض أو يرجع

إذا كان موجودا و لا يغرمه إذا كان تالفا وجوه و أقوال لا يخلو كل واحد من الاشكال و المسأله من معضلات الفن و أقصى ما يمكن ان يقال من التحقيق و الوجه الدقيق لحلها هو ان للعين المملوكه بنظر العقلاء اعتبارا من حيث ذاتها مجرده عن كل شى ء و عن كل وصف، و اعتبارا ثانيا من حيث أوصافها و منافعها المحققه لماليتها و لا شك ان الملكيه تدور مدار الذات لا الصفات يعنى ان الملكيه تتحقق و ان لم تكن للعين ماليه كما هو واضح فى حبه الحنطه فإنها ملك لك و لا يجوز لأحد ان يأخذها بدون إذنك و يكون غاصبا لو انتزعها منك بغير رضاك و لكنها ليست بمال و لا يبذل بإزائها مال فالمال شى ء و الملكيه شى ء آخر فإذا غصبك عينا لها ماليه و حال بينك و بين الانتفاع بها فقد غصبك الذات و الصفات اى المنافع فيجب عليه عقلا و شرعا التدارك و الغرامه بعد تعذر رد الذات و لا يحصل التدارك الا بدفع بدلها مثلا أو قيمه و لا يتحقق التدارك التام و الغرامه الا بان يكون لك جميع أنواع التصرفات بالبدل حتى الموقوفه على الملك على النحو الذى كان لك فى مالك و لكن هذا لا يقتضى التبادل فى الملكيه بل كل مال من البدل و المبدل باق على ملك صاحبه و انما دفع لك البدل بدلا عن حيلولته بينك و بين الانتفاع بمالك و لذا سموه (بدل الحيلوله) و بعباره اجلى ان ماليه البدل لك اما عينه و ذاته فهى لصاحبها الضامن كما ان المبدل المفقود ذاته لك اما ماليته فقد ذهبت عليك و تداركها الغاصب بدفع البدل فلو ظهر البدل المفقود رجع الى مالكه المغصوب منه لانه ملكه اما بدله فان كان موجودا عنده أرجعه

إلى الغاصب لانه ملكه و قد ارتفعت الحيلوله الموجبه لتسلط المغصوب منه عليه و اما لو كان تالفا تلفا حقيقيا أو حكميا كما لو وقفه أو أعتقه فلا رجوع عليه لا بغرامه و لا غيرها لان الشارع أسقط ضمانه بسوء اختيار الغاصب حيث ارتكب الغصب و هذا معنى ذهابه من مال الغاصب كما لو تلفت العين المغصوبه تلفا حقيقيا أ ليس يغرمها الغاصب و تذهب من ماله؟ فكذلك هنا و يكون إتلاف المغصوب منه للبدل ليس لانه مالك له حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض بل هو ملك الغاصب و لكنه مأذون شرعا بإتلافه حقيقه أو حكما بوقف و نحوه مثل الاذن بأكل مال الغير فى مخمصه و نحوها سواء ان هذا بضمان و ما نحن فيه بغير ضمان لانه غاصب اما لو باعها فالأقرب ان البيع يقع متزلزلا و مراعى فان رجع المغصوب انفسخ بيع المغصوب منه للبدل و رجع الى الغاصب و ان تلف المغصوب تلفا حقيقيا أو حصل اليأس من عوده صار البيع لازما كما انه لو كان بعد فى يد المغصوب منه صار ملكا ذاتا له و أشبه المعاطاه من هذه الجهه و ان كنا لا نلتزم بالملكيه آنا ما فى هذا المقام كما فى المعاطاه بل نقول لو وقف أو أعتق أو باع انه باع و وقف ملك الغير عن نفسه بإذن الشارع و يأخذ العوض بدلا عن ماله الذى حال الغصب بينه و بين التصرف فيه فبينه و بين المعاطاه فرق ظاهر و بهذا ترتفع جميع المحاذير و تندفع كافه الإشكالات و لا يلزم سوى تخصيص قاعده لا بيع إلا فى ملك و أخواتها و هو غير عزيز النظير فى القواعد الشرعيه و المسائل الفقهيه و بهذا كله ظهر ان أصح الأقوال هو القول

الثـالث و هو القول بالتفصـيل كمـا ظهر أيضـا انه مع إمكـان الرد و زوال التعـذر يجب على الغـاصب ردهـا و يسترد مـا دفعه من الغرامه ان كـانت موجوده و الاـ ردهـا بغير استرداد شـى ء فلو لم يردهـا و تلفت ضـمنها ثانيـا و هكـذا و للمالـك المغصوب منه انتزاعها من الغاصب و إذا رد البدل لا يرد منافعه المنفصـله بل و لا يغرم قيمه ما اسـتوفاه من منافعه الماضـيه نعم الزياده المتصـله تتبع العين امـا منافع العين المغصوبه فهى للمالك فى جميع الأحوال و يغرم الغاصب قيمه ما اسـتوفاه كما عرفت مرارا خلافا لأبى حنيفه ثم ليس للغاصب حبس العين المغصوبه حتى يسترد غرامته إذا كانت موجوده و ان كان القول بان له حبسـها وفاقا لجماعه من الاعلام غير بعيـد هـذا موجز الكلام فى بـدل الحيلوله و بقيت فروع و تحقيقات اخرى لا يتسع لها المجال مـذكوره فى كتب أصحابنا المبسوطه و فيما ذكرناه كفايه ان شاء اللّه.

ماده (۸۹۲) إذا سلم الغاصب عين المغصوب فى مكان الغصب الى صاحبه برى ء الغاصب من الضمان.

تحتـاج هـذه المـاده إلى قيود أخرى فـإن التسـليم فى مكـان الغصب إنما يكفى إذا لم يكن مخوفا و لم يكن فيه محـذور، اما مع الخوف أو الضـرر فلاـ يكفى فى رفع الضـمان إلاـ إذا رضـى المغصوب منه كمـا كـان يلزم تقييـد صاحبه بما إذا كان بالغا عاقلا رشـيدا و مع فقد واحد من هذه الصـفات فالضمان باق و فى حكم تسليمه التسليم الى وكيله أو وليه أو وارثه مع موت المالك و لو سلم العين الى أحد الورثه بدون اذن الباقين ضمن

لهم و فی حکم تسلیمه أیضا اذن المالک ببقائها عند الغاصب ودیعه أو عاریه أو إجاره أو إباحه ففی جمیع ذلک یزول الضمان عن الغاصب و یجری علیه حکم تلک العناوین و کذا لو وکله علی بیعه أو إجارته فتلف قبل ذلک، و الحاصل یزول عنوان الغصب الموجب للضمان بکل ما دل علی رضا المالک ببقاء العین المغصوبه فی ید الغاصب و یتحقق به عنوان الرد عرفا فلو قال للغاصب أنت وکیل علی بیعه و تلف فی ید الغاصب قبل البیع فلا ضمان خلافا لبعض شراح المجله و کل هذا واضح انما المهم ما یتحقق به عنوان الرد و التسلیم و هو کسائر المفاهیم له أفراد قطعیه الدخول فیه کما ان هناک افرادا قطعیه الخروج و هناک افراد مشکوک بأنه یتحقق عنوان الرد بها حتی یزول الضمان أم لا؟ منها ما ذکره فی ماده (۸۹۳) إذا وضع الغاصب عین المغصوب و ان لم یوجد رد فی الحقیقه و منها ما لو دفعه له بعنوان الهدیه أو الضیافه أو نحوها من العناوین المجانیه و انها لیست ماله المغصوب فلو غصبه طعاما و قدمه للمالک فأکله و هو لا یعلم بأنه طعامه لم یتحقق الرد و یکون ضامنا الی کثیر من هذه الفروع،،، و خلاصه التحقیق ما تقدم فی أمثال هذا الباب من ان الرد و التسلیم و الأخذ و القبض کلها مفاهیم عرفیه فالمرجع فی تعیین مصادیقها الی العرف و ما یشک العرف فیه أو لم یعرف حاله عندهم فالمرجع إلی الأصول الموضوعیه فان لم یکن فالحکمیه نعم لا ریب فی ان الرد لا یتحقق بالتخلیه أو رفع الغاصب یده عن العین المغصوبه و نحو ذلک من المعانی السلبیه بل لا بدّ فی تحققه من معنی إیجابی فکما ان الغاصب لا یتحقق بمحض رفع

یـد المالـک عن حـاله و لـذا قـالوا لو منع المالـک عن إمساک دابته لم یتحقق الغصب فالرد الـذی هو نقیض الغصب و رافعه لا یتحقق بصـرف رفع الغـاصب یـده عن العین المغصوبه و کمـا لاـ بـد فی تحقق الغصب من الاستیلاـء علی مال الغیر فکـذلک لا یحصل الرد حتی یحقق استیلاء المالک علی ماله المغصوب فلو أرسل الغاصب الـدابه و نزع یـده منها لم یحصل رد ما لم یضـع لجامهـا فی یـد المالـک أو یلقیه بین یـدیه بـل لو وضـعها فی مربطهـا أو أدخلهـا فی بیت المالـک، أو وضع الثوب فی صـندوق المالـک و نحو ذلک کل ذلک لا یکون ردا و لا أقل من الشک فیستصـحب حکم الضـمان لو تلف و مما ذکرنا ظهر الخلل فی ماده (۸۹۳) إذا وضع الغاصب عین المغصوب امام صاحبه بصوره یقـدر علی أخذه فیکون قد رد المغصوب و ان لم یوجد قبض فی الحقیقه و جعلوا هذا ردا حکیما و مع القبض ردا حقیقیا و ان الفرق بینهما ما ذکرته المجله بقولها:

اما لو تلف المغصوب و وضع الغاصب قیمته قدام صاحبه بتلک الصوره فلا یبرأ ما لم یوجد قبض فی الحقیقه.

و علل هذا بعض الشراح بان دفع القیمه مبادله و هی لا تکون الا برضی الطرفین بخلاف ما لو دفع العین فإنها عین حقه،،، و أنت خبیر بضـعف هذا التعلیل بل فساده فإن المبادله لو کانت اختیاریه لاحتاجت إلی رضـی الطرفین اما لو کانت قهریه بحکم الشارع و مصـادقه العرف فلاـ حاجه الی الرضا، و توضـیحه ان الشارع لما جعل المثل أو القیمه بـدلا عن العین التالفه لزم ان یترتب علی البدل جمیع آثار المبدل فکما ان الغاصب لو دفع العین

خرج من عهده الضـمان قهرا على المالک رضـى أو لم يرض فكذلک لو دفع البدل الذى جعله الشـرع و العرف بمنزله العين (و ببيـان) آخر ان الوضع قـدام المالـک ان كـان من مصاديق الرد عرفا فهو يكفى فى القيمه كما يكفى فى العين و ان لم يكن منها فلا يكفى فى المقامين فالتفصـيل لا وجه له أصـلا و هذا هو الوجه فى ماده «۸۹۴» لو سـلم الغاصب فان دفعه فى محل مخوف لا يتحقق معه الاستيلاء التام فلا يتحقق الرد المسـقط للضـمان نعم لو قبضه و رضـى فقد أسـقط حقه و هذا مطرد فى جميع الحقوق التى فى الذمم و الأعيان من الدين و السلف و الكفاله و غيرها.

ماده (۸۹۵) إذا اعطى الغاصب،،، الرجوع الى الحاكم على الظاهر

لاـ حاجه له الا إذا لم يمكنه ان يضـعه بين يـديه أو يلقيه عليه فى محل الأمن فهناک اما ان يـدفعه الى الحاكم فيبرأ أو يطلب منه إحضاره فيلزمه بأخذه.

ماده (۸۹۶) إذا كان المغصوب منه صبيا و رد الغاصب إليه

فإن كان مميزا و أهلا لحفظ المال يصـح الرد و إلا فلا الرد إلى ولى الصـغير الغير البالغ مطلقا اولى و أحوط و لا يصـح الدفع الا للبالغ الرشـيد اما النائم فإن غصب منه حال نومه كما لو أخـذ خفه أو رداءه أو انتزع من إصـبعه خاتمه فقـد أجاز أبو يوسف رده إليه فى ذلک النوم فلو رده فى نومه الثانى بعـد انتباهه لم يخرج من الضـمان و اشترط الشـيبانى وحـده المجلس لا وحده النوم و الأصح أنه بوضع يده على مال غيره

صار ضامنا و لا يسقط الا بالقدر المتيقن من الرد و هو رده فى يقظته.

ماده (۸۹۷) إذا كان المغصوب فاكهه فتغيرت عند الغاصب

اشاره

كان يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه، تغير المغصوب عند الغاصب له ثلاث حالات.

(الاولى)

ان تتغير الـذات و الحقيقه النوعيه و له صورتـان (أولاهمـا) أن تتغير الـذات بالانقلاـب كانقلاـب الخمر خلاـ و الحيوان ملحـا أو الخشب فحما (ثانيهما) تغيره بالنشو و النمو كصيروره الحب زرعا و النطفه حيوانا.

(الثانيه)

ان لاـ تتغير الـذات بـل تتغير العوارض و الصـفات و له (صورتـان) أيضـا فإن تغير الوصف اما ان يكون مع بقاء الاسم كصـيروره الثوب الأـبيض أسود و الأصـفر أحمر و هكـذا أو يتبـدل الاسم أيضا كصـيروره القمـح دقيقا و الـدقيق خبزا و منه صـيروره قطعه القماش بالقطع و الخياطه قميصا أو قباء.

(الثالثه)

ان يتغير الاـمتزاج مع غيره فـان اسـتهلک فى المزيـج فهو تلف و الاـ فاما ان يمكن تمييزه و عزله أولا و على الثانى فاما ان يمتزج بالمساوى أو الأعلى و الأدنى.

أما تغير الـذات بالانقلاب فان عده العرف تلفا فلا اشـكال و يجرى عليه ما سـبق من احكام التلف و الا فالمالک مخير بين أخذه أو أخذ المثل

أو القيمه و يبقى المال للغاصب.

و اما تغيرها بالنشو و النمو كما لو غصب حبا فزرعه.

فالزرع دائما لصاحب البذر و كذلك الحيوان لصاحب النطفه و لصاحب الأرض و العامل الأجره اما إذا كان العامل هو الغاصب فلا اجره له و كذلك لو زرعها فى أرضه نعم للمالك ان يترك الزرع للغاصب و يطالبه بالمثل أو القيمه من جهه التغيير و اما تغيير العوارض و الصفات ففيه صور كثيره يجمعها ثلاثه عناوين فإنها اما زياده أو نقيصه أو فصل و وصل و الزياده اما زياده عين كما لو خاط الغاصب الثوب بخيوطه و صبغه بصبغه حيث يكون الصبغ جسما لا عرضا و اما زياده وصف محض كما لو علم العبد الكتابه أو ساوى الأرض أو أقام السيف المعوج و هكذا،، اما زياده العين فقد اتفقوا ظاهرا على ان الواجب على الغاصب انتزعها فان عابت أو تلفت فلا غرامه له لانه هو المسبب على نفسه و ان عابت العين المغصوبه وجب عليه التدارك لمالكها و للمالك ان يأخذها و يدفع قيمه العين الزائده من خيوط أو صبغ أو غيرهما و لكن للغاصب ان يمتنع و ينتزعها إذا شاء هذا مع إمكان الانتزاع اما مع عدمه كما فى الصبغ و نحوه من كتابه و رسم و نظائرها فالمالك مخير بين أخذها و دفع قيمه الزياده للغاصب و بين أخذ المثل أو القيمه و بين بيع العين و يأخذ كل من الغاصب و المغصوب منه حقه بالنسبه، و يمكن ان يقال ان الصبغ ان كان عينا و لها جرم فإن أمكن نزعها تعين و الا فلا حق للغاصب لأنها من قبيل الأوصاف نعم لو أنقصت فعليه أرش النقص فليتأمل، اما

زیاده الوصف المحض کتعلیم الکتابه أو تمرین الدابه أو تسویه الأرض فلا یضمنه المغصوب منه و ان زادت به القیمه أضعافا لأن الأوصاف عندهم لا تقابل بالأثمان و ان زادت بها الأثمان و لکنهم قالوا لو زادت قیمه المغصوب بفعل الغاصب فلا شی ء علیه و لا له الا ان تکون عینا فان تم الاتفاق علی هذا فهو و الا فلا یخلو من نظر، و اما النقیصه فإن کانت عینا فهی من نقص الاجزاء و المتفق علی ضمانها قولا واحدا و ان کانت وصفا محضا کما لو اعوج السیف عند الغاصب و نسی العبد الکتابه و أمثال ذلک فظاهرهم الاتفاق علی انها مضمونه بالأرش کالأجزاء مع انهم فی زیادتها قالوا بعدم الضمان لأنها لا تقابل بالاعواض و العله مطرده و وجه الفرق یحتاج الی مزید تأمل،،، و مما ذکر یعلم حال الفصل و الوصل کما لو قطع أو حاک الغزل فان نقصت القیمه ضمن الغاصب النقیصه و ان ساوت أو زادت فلا شی ء له و لا علیه و اما التغییر بالامتزاج فإن أمکن التمییز فلا اشکال و الا فلا یخلو اما ان یمتزج بالمساوی أو بالأعلی أو بالأدنی فإن کان المساوی فالقسمه و یأخذ کل واحد حقه أو یبقی علی الشرکه عینا لا قیمه و کذا قالوا فی امتزاجه بالأعلی لأن الزیاده الحاصله صفه حصلت بفعل الغاصب عدوانا فلا یسقط حق المالک مع بقاء عین ماله کما لو صاغ النقره و علف الدابه فسمنت و فیه نظر لا یخفی و القول بالانتقال الی المثل أو القیمه أقرب الی الصواب لانه جمیع بین الحقین کما لو مزجه بالأدنی و لم یمکن التمییز هذا تمام الکلام فی أنواع التغییر و حکم کل نوع منها و منه یظهر الخلل الواسع فی مواد المجله کما نشیر إلیه فی کل

ماده حسب ما يأتى ففى هذه الماده (۸۹۷) الحكم بالخيار غير متجه بل ليس له الا عين ماله فان نقصت قيمته باليبس أخذ الأرش و الا فله العين بلا ضميمه و لا فرق بين ان يكون اليبس بفعل الغاصب أو بفعل غيره أو بسبب سماوى كما لو جفف العنب فصار زبيبا أو جف لحراره الهواء و من الغريب قول بعض الشراح انه لو جفف الغاصب العنب ملكه و ينقطع منه ملك المغصوب منه) فإنه حكم جزافى لا وجه له كما لا وجه للخيار فى ماده (۸۹۸) إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزياده شى ء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء أعطى قيمه الزياده و استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه مثلا لو كان المغصوب ثوبا و كان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الثوب و ان شاء أعطى قيمه الصبغ و استرد الثوب عينا،،، بل الأصح التفصيل فان كانت الزياده عينا و أمكن نزعها كالخيوط تعين الى ان يتراضيا فيدفع المالك قيمه الزياده و يأخذ العين و ان لم يمكن فان نقصت القيمه ضمن الغاصب النقيصه و إلا أخذ المالك العين و لا شى ء للغاصب و لا عليه و لا فرق فى ذلك بين الصبغ و غيره من أنواع الزياده.

ماده (۸۹۹) إذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا و يكون له المال المغصوب.

عرفت ان تبدل الاسم لا اثر له و انما المدار على انقلاب الذات أو تبدل الصفات فمن غصب حنطه و طحنها فان الدقيق و ان اختلف مع الحنطه بالاسم و لكن الحقيقه واحده و أكثر الخواص فيهما متساويه و كذا

لو غصبه عنبا فصار زبيبا أو رطبا فصار تمرا أو دبسا و المرجع فی أمثال ذلک الی زیاده القیمه و نقصها فان نقصت رد العین مع الأرش و ان زادت أو ساوت أخذها بلا شی ء کل ذلک لان عینه موجوده و انما تغیرت العوارض و الصفات و تغیر الاسم لا یوجب تغیر الحقیقه و لعل من هذا القبیل ما لو غصب شاه و ذبحها، و فروع هذا الأصل کثیره لا تحصی و لکن تمییزها عن غیرها یحتاج الی لطف قریحه و علی ما ذکرنا فلا وجه لقول المجله: مثلا لو کان قد غصب الآخر،،، و کذا لا صحه لقولها و من غصب حنطه غیره و زرعها فی أرضه یکون ضامنا للحنطه و المحصول له بل الحق ان الزرع لصاحب الحنطه و له اجره الأرض علی تأمل فی استحقاقه أجره الأرض و العمل بل هو من قبیل ما لو علف الدابه فسمنت و استحقاق الأجره فی المقامین یحتاج الی مزید تأمل أما رجوع الزرع الی صاحب الحنطه فمما لا ینبغی الإشکال فیه للقاعده المسلمه علی الظاهر شرعا و عرفا فی ان الزرع لصاحب البذر و توهم ان زرع الحنطه إتلاف للحنطه توهم فاسد جدا بل الحنطه قد نمت و اتسعت لا أنها عدمت و وجد الزرع من شی ء آخر و بالجمله لیس المقام مقام إیجاد و إعدام ای إعدام حقیقه و إیجاد حقیقه أخری بل تلک الحقیقه ارتقت و صعدت فی صراط الحرکه حب و زرع ثم زرع و حب و هکذا فتدبره جیدا و ان کان واضحا نعم من الصحیح المحکم قولها.

ماده «۹۰۰» إذا تناقص سعر المغصوب و قیمته بعد الغصب فلیس لصاحبه ان لا یقبله الی آخرها».

فـان الغـاصب إذا رد العين لصاحبهـا و لـم ينقص جزء من اجزائهـا و لاـ تغير وصف من أوصافها سوى ان قيمتها السوقيه نزلت لم يكن عليه ضـمان نقصان القيمه السوقيه لأنه رد عين ماله إليه بحاله و زياده السوق أمر اعتيادى ليس بشـى ء مضـمون و هذا على الظاهر متفق عليه بين الفريقين و تفاوت الرغبات شئون خارجيه و جهات اعتباريه تحدث و نزول فى نفوس البشر بمشيئه اللّه جل شـأنه و تصـرفه فى الأـكوان، نعم لو كـان نقص القيمه بسـبب اسـتعمال الغـاصب لزمه الضـمان قطعـا لانه يعود الى نقص جزء أو وصف فى العين و لو وصـفا اعتباريا ككونه جديدا أو غير مستعمل كما ذكره فى المجله فضلا عما ذكرته بقولها مثلا إذا ضعف الحيوان.

ثم لا وجه للتفصـيل فى قضـيه شق الثوب بين ربع قيمه المغصوب و بين ما لو كان فاحشا الذى نوهت عنه بقولها كذلك إذا شق الثوب.

و قـد عرفت ان عين مـاله موجود لم ينعـدم و القاعـده العـامه انه كما كان عين المال موجودا فالحكم رده بعينه غايته انه إذا تغير وصـفه تغيرا يوجب نقص قيمته تـدارك الغاصب النقص و الا فلا شـى ء عليه و ما ذكرته المجله من التفاصـيل حكم جزافى عار عن الدليل.

ماده «۹۰۱» الحال الذى هو مساو للغصب فى إزاله التصرف حكما يعد من قبيل الغصب

كما ان المستودع إذا أنكر الوديعه يكون فى حكم الغاصب و بعد الإنكار لو تلفت يكون ضامنا،،،

قد عرفت ان الغصب لا أثر له أصلا فی باب الضمانات و انما یدور الضمان و عدمه مدار وضع الید ای استیلاء علی مال الغیر بدون اذنه سواء کان غصبا أو غیره و هذا أحد موارد الید فان الید فی الودیعه و ان کانت غیر ضمانیه للأمانه و لکن بالإنکار خرجت عن الائتمان فجاء الضمان سواء تحقق عنوان الغصب هنا أم لا إذ لیس مدار الضمان علیه کما عرفت.

ماده «۹۰۲» لو خرج ملک أحد من یده بانهدام جبل بما علیه الی آخره.

من الواضح ان هذا النوع و نظائره خارج عن باب الغصب و لا دخل له به أصلا، بل سقوط الأعلی علی الأسفل ان کان بقصد من صاحبه فهو إتلاف و ضامن للأسفل لا غیر و ان لم یکن بقصد بل ألقته العواصف فهو غیر ضامن أصلا بل قضاء من اللّه تعالی أوجبه ضرر الطرفین فلا یضمن أحدهما للآخر فما أدری این مورد الضمان فی هذا الفرع بل مقتضی القاعده ان السقوط إذا کان بغیر قصد تبقی الأرض العلیا ملکا للأول و لا یغرم الأسفل له شیئا کما لا یغرم الأعلی له شیئا نعم فی مثال اللؤلؤ و الدجاجه یتعارض الضرران و مقتضی قاعده ازاله الأشد بالأخف و الجمع بین الحقین ان یغرم صاحب اللؤلؤ لصاحب الدجاجه اما مع التساوی فاما القرعه أو ترجیح الحاکم بمراعاه الجهات الخارجیه من فقر و غیره و هذا إذا لم یمکن بیعهما و قسمه المال بینهما بالنسبه و لو بذبح الدجاجه و بیعها بعد إخراج اللؤلؤه و الا تعین کما هو واضح

ماده «۹۰۳» زوائد المغصوب لصاحبه.

هذا مما لا اشكال فيه عند فقهاء الإماميه أجمع بل يضمن حتى المنافع الاعتباريه التى لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب اما المنافع الغير مستوفاه كما لو غصب الدار و لم يسكنها أحد ففيها خلاف و أقوال كثيره كضمان منافع الحر و الحق عندنا فيها التفصيل فان صدق التفويت ضمن و الا فلا ثم لا فرق عند أصحابنا فى المنافع بين المغصوب مع العين أو المتولد منها فى يد الغاصب كما لا- فرق فى ضمانها على الغاصب بين ما استهلكه أو تلف بغير تعد و لا تفريط و يظهر من المجله انه لا يضمن المنافع المنفصله إلا إذا استهلكها اما لو تلفت تلفا سماويا فلا ضمان و مقتضى قاعده اليد و ان النماء يتبع الأصل هو الضمان مطلقا فالتفصيل لا وجه له و هو تفصيل بلا دليل كما ان قاعده (الخروج بالضمان) على مذهب الحنفى من ان ضمان العين و المنافع لا يجتمعان يقتضى عدم الفرق فى رفع الضمان بين ضمان المنافع المنفصله و المتصله العينيه و الاعتباريه مع التلف أو الإتلاف و لازم هذا لو غصب الدابه فاولدت فباع الفلو أو استهلكه لا ضمان عليه و هو غريب و إباحه لأموال الناس بغير سبب صحيح و لا- أظنهم يلتزمون به فى المنفصله و ان صرحوا به فى المنافع التى لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب و ركوب الدابه، بقى الكلام فى المنافع المتصله كسمن الدابه و نحوه لو أتلفها الغاصب أو تلفت عنده فقد نقلوا عن أبى يوسف و الشيبانى و عن أبى حنيفه عدم الضمان و القول الأول أقوى و ان ظهر من بعض أصحابنا عدم الضمان بناء على ان الأوصاف لا تقابل بالأعواض

و هو علی إطلاقه محل نظر أما قضیه النحل و العسل فالقاعده الکلیه المطرده فی باب الطیور الأهلیه بل و سائر الحیوانات ان صاحب الدار و البستان و نحوها إذا بنی وکرا أو عشا للطیور تأوی إلیه فقد دخلت فی حیازته و صارت هی و بیضها و فراخها ملکا له و إذا بنت هی عشا لها من القش و نحوه فی بعض زوایا داره و أشجار بستانه فصیرورتها فی حیازته و ملکا له بمجرد ذلک محل نظر بل الظاهر بقاؤها علی الإباحه یملکها کل من صادها و من ذلک الحمام و النحل و غیرهما، فقول المجله و کذلک لو اغتصب الی الآخر یبتنی علی ما إذا بنی روضه تأوی إلیها لا مطلقا و کذلک ما فی ماده «۹۰۴» عسل النحل الی الآخر،،، مقید بما ذکرنا و الإطلاق غیر متجه فتدبر.

الفصل الثانی فی (بیان المسائل المتعلقه بغصب العقار)

ماده «۹۰۵» المغصوب ان کان عقارا یلزم الغاصب رده،،،

هذا الحکم لا یختص بالعقار بل کل عین مغصوبه یلزم ردها و فی التعبیر بنقصان القیمه تسامح بل الاولی ان یقال لو نقصت القیمه لنقصان

العين اما نقصان القيمه السوقيه مع بقاء العين على حالها فقد عرفت ان الأشهر بل لعل الاتفاق على عدم ضمانها.

ماده «۹۰۶» ان كان المغصوب أرضا و أشاد الغاصب عليها بناء أو غرس أشجارا،،،

هـذه أيضا عامه فى كل مغصوب أحدث الغاصب زياده فيه و بالجمله فإن العقار لا يختلف عن غيره من الأعيان من حيث الحكم نعم يختلف عنهـا فى بعض جهـات الموضوع فـإن الأـرض مثلاـ لاـ يمكن ان يعرضـها التلف الحقيقى أصـلا بـل يعرضـها التلف الحكمى كما لو غمرتها المياه أو انقطع عنها الماء فلا يمكن الانتفاع بها أو صارت سـباخا لا تصلح للزرع و أمثال ذلك و هذا لا يفرده عن غيره من الأعيـان التـالفه حكمـا بـل الحكم فى الجميع واحـد و هو الرجوع عنـد التلف الحكمى إلى المثل أو القيمه و الغـالب فى الأراضـى أنهـا قيميه كـالحيوان،،، فالعقـار كغيره يجرى فيه الغصب و تلحقه احكامه و لكن حكى بعض الشـراح عن الشـيخين و أحسبه يعنى أبا حنيفه و أبا يوسف عـدم جريان الغصب فيه و صار عندهم من القواعد المقرره- ان العقار لا يغصـب لاـنه لا ينقل و لا يحول من مكانه فلا تزال اليـد فيه كالأعيان التى تؤخـذ من صاحبها بفعل يحـدثه الفاعل فى العين اما العقارات فتؤخذ من صاحبها يفعل يحدثه الفاعل فى الملك الى ان قال: لذلك إذا أبعد رجل آخر من داره أو منعه من دخولها و تلفت لا يضـمن و كان (المجله) جرت على ذلك بقولها: و إذا طرأ على قيمه ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب و فعله يضمن قيمته، فان التقييد بفعل الغاصب إشاره الى ان

الضـمان ضـمان إتلاف لا ضـمان يـد و غصب فلو تلفت تلفا سـماويا لم يضـمن و لا أظن أن وهن هـذا الكلام يخفى على ذى مسـكه، و ليت شـعرى من الذى اشترط فى حقيقه الغاصب النقل و التحويل و هل الغصب الا الاستيلاء كما قلنا أو أخذ مال الغير و ضـبطه بـدون اذنه كما ذكرته المجله فى صدر كتاب الغصب و أى أخذ أقوى من الاستيلاء على ارض الغير و منع المالك من التصـرف فيهـا، و بـالجمله فهـذا القول اعنى عـدم ضـمان العقار بالتلف ثقل لا عصاره له و شـبح لا روح فيه و خالفهم فى ذلك الشافعى و الشـيبانى و صارا الى ما هو الحق عندنا من التحقيق و الغريب ان القائلين بأن العقار لا يغصب اى لا يضـمن اسـتثنوا من ذلك موارد منها عقار الوقف و عقار اليتيم و العقار المسـتعد للاستغلال و كل هذه الأمور المستثنى و المستثنى منه أحكام كيفيه مـا انزل اللّه بها من سـلطان و لا تسـتند الى دليل فان كان العقار لا يتحقق فيه الغصب بطبيعته و لا يتعلق به ضـمان اليـد فما معنى اسـتثناء هذه الأمور و لما ذا يجب الضمان فيها دون غيرها فانظر و أعجب،،، ثم انهم ذكروا فى ثمره الخلاف فى الضمان و عدمه أمرين زوائد المغصوب فإنها مضـمونه عند الشافعى و غير مضـمونه عند الحنفى،، و ما لو باع الغاصب الدار ثم أقر بأنها غصب و لم يتمكن المغصوب منه المقر له من اقامه البينه على انها له لا يضمن الغاصب المقر شيئا و لا يؤخذ بإقراره.

و هـذا لو تم فليس هو من جهه ان العقار لا يغصب و لكن من جهه ان الإقرار بعـد البيع يشـبه ان يكون إقرارا فى حق الغير أو فى مال الغير

فيلغو و يحتاج إلى البينه.

(اما قول المجله) و ان كان القلع مضرا ضررا فاحشا فللمغصوب منه ان يعطى قيمه مستحق القلع و يضبطه، ففيه ان فاحش الضرر ليس له هنا اثر فان المغصوب منعه يجوز له دفع قيمه الغرس أو البناء سواء كان فى قلعها ضرر أم لا و سواء كان الضرر فاحشا أو غير فاحش و لكن برضا الغاصب فان تراضيا فهو و الا فلا حق لأحدهما أن يجبر الآخر على أخذ القيمه عن ماله فتدبره، و حيث اتضح ان سبب الضمان فى الغصب هو قاعده اليد و هى لا تناط بعلم و لا جهل و انما أثر العلم هو الحرمه التكليفيه لا غير- إذا فلا وجه لقول المجله هنا: و لكن لو كانت- الأشجار و البناء أزيد من قيمه الأرض إلى الآخر .. فان زعم السبب الشرعى و تخيل ان الأرض له أو لمورثه لا يغير الحكم الواقعى،،، و الأحكام الوصفيه ثابته فى عامه الأحوال فلو قطع إنسان بأن هذا الثوب ملكه فلبسه حتى أبلاه ثم ظهر انه لغيره ضمنه كما لو كان عالما و لو بنى فى عرصه الغير أو غرس غرسا يلزم عليه قلعه و تسليم العرصه لصاحبها خاليه كما كانت سواء كان الغرس أزيد من قيمه الأرض أو أقل الا ان يتراضيا اما التزام البانى غاصبا كان أو مشتبها اى عالما كان أو جاهلا- لصاحب الأرض بأخذ القيمه فهو حكم جزافى و مخالف لعامه الأصول و القواعد أيضا و لا مجال هنا لقاعده الضرر لانه هو الذى أضر نفسه و لو بجهله بل لو استوجب القلع نقصا فى قيمه الأرض لزمه التدارك لصاحب الأرض كما نبهت المجله عليه فى ماده (٩٠٧) لو غصب أحد عرصه آخر ..

اما قولها و کـذلک لو زرع أحد مسـتقلا العرصه فحق التعبير لفظا و معنى ان تقول لو زرع الشـريک الأرض المشترکه بدون اذن شريکه فالزرع للزارع و يضمن لشريکه أجره الأرض مع قيمه نقصانها لو نقصت، و لا يختلف الحال بين کون الشريک حاضرا أو غائبا و سواء أخذ حصـته من الأرض بالقسمه أو بقيت مشاعه و جميع تلک القيود مستدرکه- ماده (۹۰۸) إذا کرب أحد،،، تقدم ان کـل عمـل يعمله الغاصب فى العين المغصوبه فإن نقصت به قيمه العين ضـمن النقيصه و الا فلا له و لا عليه سواء زادت القيمه أم لا ماده [۹۰۹] واضحه.

الفصل الثالث فى (بيان حکم غاصب الغاصب)

ماده (۹۱۰) غاصب الغاصب حکمه حکم الغاصب.

هذا باب توارد الأيادى على العين الواحده و من المتفق عليه کما لعله سـبق ان المالک مخير فى الرجوع على أيهم شاء و لکن لو رجع على من تلفت العين فى يده لم يکن له رجوع على غيره ممن وقعت العين فى

یده اما لو رجع علی غیره منهم کان له الرجوع علی الذی تلفت عنده لان قرار الضمان علیه، و من احکام توارد الأیادی انه لیس لمن أخذ العین من الغاصب ان یردها علیه و لو ردها علیه فعل حراما و لم یبرأ من الضمان بل للمالک ان یرجع علیه و یطالبه بها غایته ان له حق الرجوع علی الغاصب الذی دفع له العین و لو تلفت کان للمالک الرجوع علیه و علی غیره مخیرا بینهم و قرار الضمان علی من کان التلف عنده و من هنا ظهر عدم صحه ماده (۹۱۱) إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الی الغاصب الأول یبرأ وحده و إذا رده الی المغصوب منه یبرأ هو و الأول.

فإنه إذا ردها الی الغاصب الأول لا یبرأ هو و لا الغاصب الأول بل یلزمه ردها الی المالک أو وکیله و الا فإلی حاکم الشرع بعد تعذر ذلک

الباب الثانی فی (بیان الإتلاف

اشاره

و یحتوی علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (مباشره الإتلاف)

ماده (۹۱۲) إذا أتلف أحد مال غیره الذی هو فی یده أو فی ید أمینه قصدا أو من غیر قصد یضمن.

عرفت فیما سبق ان أسباب الضمان اعنی کون مال شخص فی عهده آخر- کثیره (أولها) و أقواها وضع الید علی مال الغیر ای الاستیلاء علیه بغیر اذن الشارع و لا المالک و الغصب أحد فروع الید (و الثانی) من أسباب الضمان الإتلاف ای إتلاف شخص مال غیره بغیر اذنه و هذا القید کان یلزم علی المجله ذکره اما قید (الذی فی یده أو فی ید أمینه) فهو مستدرک بل یلزم حذفه فإن إتلاف مال الغیر

سواء كان فى يده اى يد الغير أو فى يد أمينه أو لم يكن فى يد أحدهما أو لا يد عليه لأحد كالضايع أو فى يد الغاصب كل ذلك مضمون على المتلف إلا إذا أتلف بإذن المالك و من هنا يتضح لك ان النسبه بين اليد الموجبه للضمان و الإتلاف الموجب له عموم من وجه يجتمعان فى الغاصب إذا أتلف و تنفك اليد عن الإتلاف فى التلف السماوى و ينفك عنها فيما لو أتلف مال الغير و هو فى يده أو فى يد آخر غصبا أو غير غصب فالمتلف ضامن و عليه قرار الضمان و ان كان المال فى يد الغاصب.

ثم ان الإتلاف عند الفقهاء نوعان مباشره و تسبيب فالأول كأكل الطعام و الثانى كحفر البئر و لكن يظهر بأدنى تأمل ان جميع أنواع الإتلاف تسبيب غايته ان السبب تاره قريب فيسمى مباشره كالمثال الأول، و بعيد فيسمى تسبيب كالثانى و على كل حال فالجميع موجب للضمان و الملاك صحه إسناد الإتلاف إليه عرفا و لذا قالوا ان المباشر أقوى من السبب إلا فى مواضع فان السبب يكون أقوى و ذلك لضعف اسناد الفعل الى المباشر و قوه إسناده إلى السبب فالأمر يدور مدار صحه الاسناد و قوته و من الأصول المقرره فى الإتلاف عدم الفرق بين القصد و عدم القصد و العلم و الجهل و البلوغ و عدم البلوغ و العقل و الجنون كما هو شأن عامه الأحكام الوضعيه كل ذلك لعموم الدليل و هو (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) سواء كانت قاعده فقهيه أو حديثا نبويا نعم يعتبر عدم الإكراه فلو كان مكرها لم يكن

علیه ضـمان بل الضمان علی المکره بالکسر لأن السبب هنا أقوی من المباشر و مثله الصبی الغیر الممیز لو أمره الکبیر فان الصغیر حینئذ کالآله لا ضـمان علیه و السـبب أقوی و علیه الضمان،،، و مما یتفرع علی الضمان مع عدم القصد و العمد ما ذکرته المجله (۹۱۳) إذا زلق أحد و سـقط علی مال آخر و أتلفه یضمن و ماده «۹۱۴» إذا أتلف مال غیره،،، و من قبیل العمـد- ماده «۹۱۵» أما قولها: و لو تشبث بها و انشقت بجر صاحبها ضمن نصف القیمه.

یمکن منعه ضـروره ان السـبب هنـا أقوی من المباشـر و فی الحقیقه ان تمام السـبب هو التشـبث و لولاه لما حصل الجر الموجب للشق و کـذلک بل أوضـح منه ما لو جلس أحـد علی أذیال ثیاب و نهض صاحبها، فان عـدم علم صاحبها بجلوس الآخر یسـقط نسبه الفعل الیه و یصحح نسبه الفعل تماما الی الجالس علی الثیاب أما الذی نهض و هو لا یعلم فهو فی هذا المقام کالآله الصماء و هو من أظهر فروع قاعده السبب أقوی من المباشر فما وجه سقوط نصف القیمه عنه و التلف مستند الیه تماما.

ماده «۹۱۶» إذا أتلف صبی مال غیره.

واضحه کوضوح ماده «۹۱۷» لو اطرأ أحد علی مال غیره کالحانوت و الخان.

ماده (۹۱۸) إذا هدم أحد عقار غیره بدون حق فصاحبه مخیر ان شاء ترک،،،

یمکن الخدشه فیها فان ذلک الهدم ان کان بحیث یعد فی نظر العرف تلفا و إتلافا للحانوت أو الخان فاللازم المثل

أو القيمه و ان كان نقصا تعين أخذ الأرش و لا وجه للتخيير نعم لا إشكال فى صحه قول المجله: و لكن إذا نبأه الغاصب كالأول فيبرأ من الضمان

ماده (۹۱۹) لو هدم أحد دارا بلا إذن لأجل وقوع حريق فى المحله

و انقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر اولى الأمر لا يلزم الضـمان و الا لزم الضمان، هذا من موارد قاعده وجوب دفع الأشـد بالأخف التى مر ذكرهـا فى القواعـد العامه فى الجزء الأول فإن هـدم الـدار التى نشأ فيها الحريق خوف السـرايه إلى دور اخرى واجب كفائى على كل من شاهـد النار و بالأخص على أهل الدار التى فيها الحريق فان لم يفعلوا فعلى الدور الأخرى و إذا هدمها أولئك لدفع الضـرر عنهم لانه ضـرر أعظم من ضرر صاحب الدار- لا ضمان عليهم لأن إتلافها للدار كان بإذن شرعى، و يمكن المنـاقشه بـأن القـدر المتيقن انهم مـأذونون بالهـدم امـا ان الاـذن بغير ضـمان فغير معلوم فلعله من قبيل أكل مال الغير عند المخمصه فـإن الجـائع الـذى يخاف على نفسه التلف مأذون بالأكل و لكن مع دفع القيمه إلى المالك فلما ذا لا يكون الحال هنا من هـذا القبيـل بـل قاعـده احترام مـال المسـلم تقتضـى ذلـك اللهم الاـان يقـال انه هنا هو فى معرض التلف فلا حرمه له أو ان المتلف هنا محسن (و مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) و المسأله محتاجه إلى تأمل فليتأمل.

ماده (۹۲۰) لو قطع أحد الاثمار التى فى روضه غيره.

فيها من الكلام نظير ما مر فى ماده «۹۱۸»، ماده «۹۲۱» واضحه

الفصل الثانی فی (بیان الإتلاف تسبیبا)

ماده «۹۲۲» و هذا أیضا واضح و ان نسب الی بعض فقهاء الجمهور انه لا یضمن بمجرد فتح الباب

إلا- إذا صاح بالدابه لتخرج أو صقر للطائر کی یطیر و هو متجه إذا کان من شأنها و عادتها ان لا تخرج الا بذلک و انها یفتح الباب لا تخرج و لو اجتمع السببان یضمن باقواهما فلو فتح الباب رجل و حل قید الدابه آخر فشردت یضمن فاتح الباب لأن بحل القید مع بقاء الباب مغلقا لا تستطیع الدابه الفرار کذا قیل و هذا یختلف أیضا فقد یتفق ان حل القید أقوی فی تحقیق فرارها کما لو کان طائرا و فتح القفص أو کانت دابه قویه فتکسر الباب بعد حل القید فلیس هنا قاعده کلیه بل المرجع الی الخصوصیات المقامیه بنظر العرف و حکم الحاکم.

ماده «۹۲۳» لو جفلت دابه أحد.

قد یظن ان مستند هذا کون القصد و العمدیه شرطا فی الضمان بالسبب فلو حصل التلف بغیر قصد من المسبب لم یلزم الضمان فلو حلفت الدابه بمرور شخص من غیر قصد لم یضمن و لو قصد بمروره ان تجفل

أو صاح بها فاجفلها ضمن، و هذا اعنى اعتبار القصد غير مطرد ففى كثير من الموارد يحكمون بضمان السبب و ان لم يكن هناك قصد كما فى ماده (۹۲۴) يشترط التعدى فى كون التسبب موجبا للضمان على ما ذكر آنفا يعنى ضمان المسبب فى الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر بغير حق مثلا لو حفر أحد فى الطريق العام بئرا بلا إذن اولى الأمر و سقطت فيه دابه لآخر و تلفت يضمن و اما لو سقطت الدابه فى بئر كان قد حفره فى ملكه و تلفت لا يضمن.

فان وقوع الدابه لم يكن مقصود الحافر فى الصوره الأولى قطعا و مع ذلك يحكمون بضمانه و أوضح منه ما سيأتى فى ماده (۹۲۶) من وقوع الحمل من ظهر الحمال على مال الغير فيتلفه فقد حكمت المجله بالضمان و هو غير قاصد قطعا و غير مباشر ضروره فالمدار ما ذكرناه من مراجعه الحاكم فى القضايا الشخصيه فيرجع فيها الى العرف و الذوق و الوجدان و يستنبط حكمها من الأدله و هذه الموارد من الأمور الصعبه جدا و من مزالق الافهام لا الأقدام، و من هنا صار منصب القضاء و الحكم من أهم المناصب و القاضى على شفا- أيما إلى جنه أيما إلى نار، و من قضى فقد ذبح بغير سكين- بالبناء للفاعل أو المفعول- نسأله تعالى السداد و ان يمدنا بلطف منه و توفيق،، نعم لا إشكال فى ان العمل الذى يترتب عليه تلف مال الغير إذا كان مشروعا و لا تعدى فيه و لم يقصد به الإتلاف لا يكون موجبا للضمان فلو هدم إنسان جدار داره فانهدم جدار الجار لا يضمن لانه فعل مشروع لم يقصد به الإتلاف، و كذا إذا أوقد شخص فى سطح داره

نارا و لكن بقدر المعتاد فاتفق أن أطارت الريح شراره الى الحار فأحرقت شيئا منه لا يضمن نعم لو كان زائدا على المتعارف فهو ضامن و ان لم يقصده و هذا مما يدل على عدم اعتبار القصد فى الضمان و بهذا الملاك قضيه ضمان الحمال فإنه فعل مشروع و لم يقصد به الإتلاف قطعا و مع ذلك فقد حكموا عليه بالضمان كما سيأتى.

ماده «۹۲۵» لو فعل أحد فعلا يكون سببا،،

و هذا واضح فإن الأصل فى المباشر ان يكون أقوى من السبب و اليه يسند الفعل و عليه يكون الضمان و لذا لو أمر إنسان غيره بقتل شخص فقتله فالديه أو القصاص على القاتل لا على الآمر و ان كان لم يقتله الا امتثالا لذلك الآمر، نعم يتفق كثيرا ان كون السبب أقوى من المباشر و لكن الأصل و الأكثر هو العكس.

الفصل الثالث (فيما يحدث فى الطريق العام)

اشاره

الطريق العام هو الجاده التى يسكنها الناس جميعا من غير اختصاص سواء كانت فى الصحارى و المفاوز أو فى المدن و القرى أو فى الغياض و الغابات أو فى الجبال و المغارات فتخصيص بعضهم لها بطرق المدن

و القرى لا وجه له.

ماده «۹۲۶» لكل أحد حق المرور من الطريق لكن بشرط السلامه

يعنى مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التى يمكن التحرز منها، بناء عليه إذا سقط الذى على الحمال و أتلف مال أحد يكون ضامنا و كذا إذا أحرقت ثياب أحد مار فى الطريق الشراره التى طارت من دكان الحداد حين ضربه يضمن الحداد ثياب المار، فى هذه الماده مواقع للبحث و النظر اما «أولا» فإن حرمه إضرار الغير بالحالات التى يمكن التحرز منها حكم عام فى الطريق العام و فى غيره فلا محل لإقحامه هنا «و ثانيا» على فرض اختصاصه هنا فهو حكم تكليفى محض لا اثر له فى الضمان و عدمه كما لا اثر له فى حق المرور و عدمه يعنى ليس حق المرور مشروطا بالسلامه بحيث لو أضر لم يكن له حق المرور بل حق المرور ثابت لكل أحد على كل حال و لكن يحرم عليه ان يضر غيره و اما «ثالثا» و هو أشدها نقدا، و أسدها ردا، عدم صحه التفريع المزبور بمعنى ان حرمه الإضرار للغير لا يتفرع عليه قضيه ضمان الحمال فان ضمانه يتفرع و يبتنى على كونه مباشرا للتلف أو مسببا لا ان مروره مشروط بالسلامه و عدمها، و اما «رابعا» فقد عرفت ان هذا يوشك ان يكون تهافتا فى أحكام المجله فقد مر فى ماده «۹۲۳» ما يدل على اعتبار القصد و العمد فى ضمان التسبيب حتى صرح بعض بان المسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا و حينئذ فأى وجه لضمان الحمال هنا مع وضوح كونه غير متعمد و لا قاصد كما سبق بيانه و كذا إذا أحرقت شراره دكان الحداد فان اللازم عدم ضمانه بل عدم الضمان هنا أوضح فان الحداد جالس

فی دکانه و فی ملکه و مشغول بمهنته و طیران الشرر من لوازم صنعته فالواجب علی المار ان یتحرز لا علی الحداد ان یکتنز.

ماده «۹۲۷» فذلکه التحقیق فی هذا المقام ان ظاهر الفقهاء و لعله من الفریقین کما تشعر به هذه الماده بناؤهم ان التصرف المشروع

اما لکونه تصرفا فی ملکه أو لأنه مأذون من الشارع أو المالک إذا أوجب ضررا فأتلف مال غیره لا یکون ضامنا و لذا جعلوا البیع و الشراء أو وضع شی ء بإذن ولی الأمر فی الطریق العام إذا أوجب الضرر و الخسار لا یضمن و بدون الاذن یضمن،،، و قد مرت الإشاره أو التصریح منا بان ملاک الضمان و عدمه لیس مشروعیه التصرف و عدمها و انما المدار فیه علی صحه إسناد الضرر و التلف إلیه مباشره أو تسبیبا أو عدمه الا تری ان من أجج فی سطح داره نارا فان کان بمقدار الحاجه و علی المتعارف کما هم ذکروا لم یضمن إذا أحرقت شیئا فی دار جاره و ان کان زائدا علی المتعارف کان ضامنا مع ان کلا منهما جائز شرعا لصاحب الدار و الناس مسلطون علی أموالهم و لکن وجه الفرق بینهما انه فی الأول لا یعد عند العرف متلفا ای لا یسند التلف إلیه مباشره و لا ـ تسبیبا بخلاف الثانی فإنه یعد لتجاوزه عن قدر الحاجه هو المسبب للتلف و ان لم یکن قاصدا و لک ان تناقش فی ذلک فتقول بعدم الفرق بینهما و تحکم بالضمان فیهما أو عدم الضمان و لکن لو قلنا بالفرق فلیس هو الا ما ذکر، لا قضیه الجواز و عدمه فتدبره فی الأمثله و النظائر جیدا فإنه باب واسع کثیر الفروع اما ما ذکرته المجله بقولها: بناء علیه لو وضع أحد فی الطریق

العام حجاره.

فهی مسأله اخری یتعرض لها فقهاؤنا فی باب المشترکات العامه من کتاب «احیاء الموات» و هی جواز وضع شی ء فی الطرق العامه و الموضوع نوعان نوع ثابت کالاجنحه و الرواشن و النوافذ و الأبواب و نحوها و قد أجازه أرباب المذاهب و أصحابنا بجمیع أنواعه حتی الرواشن المستوعبه عرض الطریق المسماه باللغه الدارجه «سوابیط» و لیس للطرف المقابل المنع و لکن الجمیع مشروط بعدم الإضرار أو المزاحمه للماره فکأنه عندهم علی الإباحه الأصلیه فأجازوا کل تصرف لا یضر بالمرور و الاستطراق الذی هو حق الجمیع، هذا فی الطرق النافذه أما المرفوعه فلها احکام أخری مذکوره فی محلها و اما غیر الثابته بجمیع أنواعها أیضا من حجاره أو تراب أو غیره فقد أجازوه أیضا بذلک الشرط علی تفاصیل مذکوره فی محلها أیضا و علی الجواز فاللازم بناء علی ان التصرف الجائز لا یوجب الضمان عدم الضمان هنا و دعوی انه مشروط بعدم الإضرار بالماره مدفوعه بأن المراد بعدم الإضرار نوعا لا- اتفاقا فلیتدبر، و بان الإضرار کما عرفت حرام تکلیفی و حکم مستقل بنفسه لا- دخل له بجواز التصرف و عدمه فان کل إنسان له حق المرور فی الطرق العامه و یجب علیه ان لا یضر الناس فی الطرق و فی غیرها.

«و الخلاصه» ان مشروعیه التصرف لا- ترفع ضمان الضرر الحاصل من التصرف إذا استند الضرر الیه عرفا ضروره ان الاذن بالتصرف لیس معناه الاذن بالإضرار نعم ان لم یسند الضرر الیه فلا ضمان و علی هذا

يبتنى ما ذكرته «المجله».

فی ماده (۹۲۸) لو سقط حائط و أورث غيره ضررا لا يلزم الضمان

و لكن مائلا إلى الانهدام الى آخرها،،، فان وجه الضمان فی الأول دون الثانی هو صحه إسناد الضرر اليه من جهه تماهله بعد التنبيه و عدم صحه الإسناد اليه مع الغفله و عدم التنبيه فليتدبر.

و يكفى فی التنبيه و التقدم حصوله من كل أحد سواء من الجار الذى خشى الضرر أو من غيره و لا وجه لقول «المجله» و لكن يشترط ان المنبه من أصحاب التقدم و التنبيه فان المدار ان يحصل له العلم و الإنذار كى تنقطع الحجه و المعذره بالجهل و هو واضح.

الفصل الرابع فی (جنابه الحيوان)

اشاره

من المعلوم ان الحيوان من حيث ذاته لا ـ ضمان عليه و لا ـ يتعلق به اى حكم من الاحكام فان كان هناك ضمان أو حكم فعلى الإنسان الذى يناط به الحيوان بأحد الملابسات بان يكون مالكا له أو قائدا أو سائقا أو راكبا

و ان لم یکن مالکا و کل ذلک مبنی علی الأصل الذی ذکرناه من قضیه صحه النسبه و الاسناد کما أشارت إلیه المجله.

ماده «۹۲۹» الضرر الذی أحدثه الحیوان بنفسه لا یضمنه صاحبه،،،

و لعل الیه نظر النبوی المشهور «جرح العجماء جبار» فالحیوان إذا کان صاحبه معه و أحدث ضررا کان صاحبه ضامنا و نعنی بالصاحب الأعم من مالکه أو مستأجره أو مستعیره أو غیر ذلک بل و حتی غاصبه فان صاحبه إذا کان معه و أهمل رعایته و لم یکبح جماحه استند الضرر الیه فلزمه الضمان کما نصت علیه «المجله» بقولها و لو استهلک حیوان مال أحد إلی الآخر.

و کان المراد باستهلاک الدابه ما لو أکلت طعام الغیر و نحو ذلک و هذا أحد مصادیق الکلی و لا خصوصیه له فلو أضرت بمال الغیر و لم یمنعها صاحبها و هو معها ضمن سواء استهلکت المال أم لا و ینبغی ان یحمل ماده (۹۳۰) لا یضمن صاحب الدابه التی أضرت بیدیها أو ذیلها أو رجلها حال کونها فی ملکه راکبا کان أو لم یکن.

علی ما إذا لم یکن عالما أو لم یکن قادرا و الا فلا وجه له لما فی ماده «۹۳۱» إذا أدخل أحد دابته فی ملک غیره باذنه لا یضمن جنایتها لما عرفت قریبا من ان الاذن بالتصرف لیس اذنا بالضرر فإذا دخل بدابته و أضرت بصاحب الدار و استند الضرر إلی إهماله ضمن سواء دخل بإذن أم بغیر اذن بل لو کانت الدابه فی ملکه و أضرت بالغیر من جهه إهماله ضمن بل و کذا لو انفلتت دابته و أضرت فإن کان بإهماله

و تقصیره ضمن و ان لم یکن انفلاتها بتقصیره فلا ضمان هکذا ینبغی بل یجب تحقیق المسائل و تحلیلها و من هذا ینکشف أیضا

ماده «۹۳۲» لکل أحد حق المرور فی الطریق العام مع حیوانه بناء علیه،،،

فان کل أحد و ان کان له حق المرور و لکن لیس حق الإضرار و الخسار فیجب علیه التحرز حسب الإمکان بان لا یسوقها بعنف یوجب انتشار الطین و الغبار، فان تسامح فی ذلک فلوثت ثیاب العابرین کان ضامنا کما یضمن الضرر و الخسار الذی یقع من مصادمتها أو لطمه یدها فی جمیع الصور المذکوره أولا ـ و آخرا لا فرق بین بعض و بعض فتدبره جیدا، نعم ما هو خارج عن قدرته أو عن علمه یعذر فیه.

ماده «۹۳۳» بل هما اقدر علی التحفظ من الراکب

فهما اولی من الراکب بالضمان لو تسامحا فی التحرز.

ماده «۹۳۴» لیس لأحد حق توقیف دابه أو ربطها فی الطریق العام.

هذا علی إطلاقه ممنوع بل له ان یوقفها أو یربطها إذا کان الطریق واسعا کما فی شوارع أکثر المدن فی هذه الأعصار «و بالمجله» انما لا یجوز له ان یوقفها أو یربطها فی الطریق إذا کان فیه مزاحمه للعابرین اما إذا أمن من المزاحمه فلا مانع شرعا بل و عرفا فلو تعرضها أحد و أخذته و أتلفت علیه شیئا فلا ضمان علی صاحبها لانه هو الجانی علی نفسه.

ماده «۹۳۵» من سبب دابته فی الطریق العام یضمن الضرر الذی أحدثته.

و وجهه واضح لانه يكون هو السبب بتفريطه فى حفظها، و لا يبعد ان يلحق به من سيب ولده أو عبده و لا سيما إذا كانا مجنونين أو ضعيفى العقل لا يؤمن شرهما، و بهذا الملاك يضمن الراكب كما فى ماده (۹۳۶) لو داس الحيوان الذى كان راكبه أحد على شى ء بيده أو رجله الى آخرها.

و ماده «۹۳۷» لو كانت الدابه جموحا و لم يقدر الراكب على ضبطها و أضرت لا يلزم الضمان،

إذا كان الأمر فى مثلهن خارج عن قدرته و اختياره اما مع استطاعه حبسها و إهماله فهو ضامن.

ماده (۹۳۸) و هى واضحه كوضوح ما بعدها.

□
بسم اللّه الرحمن الرحیم

الكتاب التاسع فی (الحجر و الإكراه و الشفعه

اشاره

و یشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب)

المقدمه فی (الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالحجر)

الحجر:

لغه المنع و بهذا الاعتبار أطلق علی العقل فی قوله تعالی (هَلْ فِی ذٰلِکَ قَسَمٌ لِذِی حِجْرٍ) و أمثالها لأنه یعقل و یمنع عن ارتکاب الرذیله و شرعا هو منع الإنسان عن التصرف لوصف فیه فیما له التصرف فیه لو لا ذلک الوصف و ذکر فقهاؤنا رضوان اللّه علیهم ان أسبابه «سته» الصغر و الجنون و السفه و الرق و مرض الموت و الفلس و ذکروا لکل منها حدودا و قیودا و أحکاما و المجله أرادت ذلک المعنی فی تعریفه و قصرت عبارتها عنه فی ماده (۹۴۱) الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولی،، و من الواضح ان المحجور ممنوع عن التصرف القولی و الفعلی معا

فکما لا یجوز صیغه البیع منه و لا اثر لها کذلک لا یجوز ان یدفع المبیع أو ان یعطی شیئا من أمواله معاوضه أو مجانا فالتقیید بالتصرف القولی لا وجه له کما لا فائده لقولها و یقال لذلک الشخص بعد الحجر محجور،

و مثلها ماده «۹۴۳»

الإذن:

هو فک الحجر و إسقاط المنع.

ثم شرعت المجله فی تعریف بعض أسباب الحجر کالصغیر و المجنون و السفیه و لو انها أو کانت تعیین مصادیق هذه المفاهیم الی العرف لکان أصح و أوضح،

أما تعریف الإکراه فی ماده «۹۴۸»

الإکراه:

اشاره

هو إجبار أحد علی ان یعمل عملا- بغیر حق من دون رضاه بالإخافه، فقید بغیر حق مستدرک إذ الإکراه معنی وحدانی و هو حمل الغیر علی عمل بغیر رضاه سواء کان بحق أو بغیر حق و حق التعبیر ان یقال:

و یقال لمن اجبر مکره و المجنون مکره بفتح الراء و کذلک العمل مکره علیه لینتظم النسق و تنسجم الفقرات.

و فی ماده (۹۴۹) الإکراه علی قسمین

(القسم الأول) هو الإکراه الملجئ الذی یکون بالضرب الشدید المؤدی الی إتلاف النفس (و الثانی) غیر المجی ء الذی یوجب الغم و الألم فقط بالضرب و الحبس،،، خلل و اضطراب أبعده عن الصواب فإن الإکراه الملجئ هو الحمل علی الفعل بغیر قصد من الفاعل کما لو أوجر الماء فی حلق الصائم أو أرکب إنسان غیره بان رفعه فوضعه علی الدابه و هکذا و القسم الثانی هو الذی یصدر الفعل بإراده الفاعل و لکن انبعاث الإراده و القصد وقعا دفعا للضرر و خوفا من التهدید و الوعید بالضرب الشدید أو غیره بإتلاف نفس أو قطع

عضوا و أخذ مال أو هتك عرض أو حبس و نحو ذلك، و مما يوجب الغم و الألم هنا ذكر الغم و الألم الذى لا ربط لهما بالمقام أصلا فتدبره عافاك اللّه فالملجئ يسلب الإراده و الرضى و غير الملجئ يسلب الرضى و طيب النفس دون الإراده و لكن الظاهر تساويهما فى أغلب الاحكام و قد يختلف نادرا ففى مثل الصوم لو أوجر فى حلقه لا قضاء عليه و لا كفاره و لكن لو أكره بالإكراه الغير الملجئ كان عليه القضاء دون الكفاره اما فى مثل الطلاق و البيع و سائر المعاملات فالظاهر عدم الصحه بالإكراه مطلقا، هكذا ينبغى تحقيق البحث و مثل هذا فى الضعف و الخور و الوهن و الخلل.

ماده «٩٥٠»

الشفعه:

هى تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذى اشتراه به المشترى.

و لا حاجه لهذا التعقيب فان أصح تعريف للشفعه ان يقال انها حق أخذ الشقص المبيع من المشترى بالثمن من الذى اشتراه به و الفرق بين التعريفين مثل الصبح واضح- فان التملك اثر ذلك الحق لا نفسه و الشريك له حق الشفعه و ان لم يتملك فتدبره، ثم ان درج الشفعه فى مدرج الحجر و الإكراه موضع لسؤال المناسبه لوضوح التباين بينهما و بينهما فإن الشفعه حق و الحجر و الإكراه منع من التصرف فى الحقوق و لعل المناسبه هى ان الشفيع يأخذ الشقص من المشترى كرها رضى أم أبى فناسب بهذا باب الإكراه و الحجر و الا فالشفعه حقيقه من شراشر البيع و شئونه و لذا لا تجرى فى غير البيع من عقود المعاوضات و غيرها كالصلح

و غیره كما سيأتى.

ثم ان من ماده (۹۵۱)- إلى ماده (۹۵۵)- و ماده (۹۵۶) «كلها واضحه غنيه عن البيان» اما الشرب الخاص فقد عرفه هنا بأنه حق شرب ماء الجارى المخصوص بالأشخاص المعدوده،، و عرفه فى اخريات الكتاب بأنه هو الانهر التى تتفرق مياهها و تقسم بين الشركاء و فى كلا التعريفين نقص ظاهر و الأصح فى تعريفه انه الماء المملوك لشخص أو أشخاص مخصوصين فى مقابل الشرب العام و هو المباح لعامه الناس الذى لا يملكه أحد بعينه.

الباب الأول

[الفصل الأول]

ماده (۹۵۷) الصغير و المجنون و المعتوه محجورون.

الحجر نوعان نوع ذاتى يعنى بحسب أصل الشرع و جعل الشارع بلا واسطه، و نوع عرضى لا يتحقق إلا بواسطه حكم الحاكم و هؤلاء الثلاثه محجور عليهم بالحجر الذاتى لنقصهم الذاتى و اى نقص أعظم من نقص العقل عافاك اللّه «و من النوع الثانى» السفيه كما فى ماده (۹۵۸) للحاكم ان يحجر على السفيه و منه أيضا المفلس كما فى ماده (۹۵۹) للحاكم ان يحجر على المديون بطلب الغرماء و سيأتى تفاصيل كل من النوعين اما- ماده (۹۶۰) المحجورون الذين ذكروا فى المواد السابقه و لم يعتبر تصرفهم القولى لكن يضمنون الى الآخر،،، فهو حكم عام لكل محجور عليه لان الضمان حكم وضعى لا تكليفى حتى يختص بالبالغ العاقل بل كل من أتلف مال غيره فهو له ضامن حتى الصبى الغير المميز غايته ان المخاطب يدفع الغرامه وليه فيغرم من مال الصبى ان كان له مال و الا فلا غرامه و سقط الحق لعدم موضوعه.

ماده (۹۶۱) إذا حجر السفيه و المديون من طرف الحاكم يلزم بيان سببه للناس،

الإعلان عن الحجر عليه كى لا يعامله الناس لو احتاج الى الحكم حسن أو لازم و لكن بيان السبب غير لازم بل

غیر حسن أیضا،

ماده «۹۶۲» لا یشترط حضور من أرید حجره من طرف الحاکم و یصح حجره غیابا،،

لعل هـذا عنـد أرباب المذاهب اما عندنا فلا یتوقف أصـلا علی حکم الحاکم بل کل شـخص یعرف السـفیه من غیره و إذا عرفه یلزمه ان لاـ یعـامله و لو عـامله کـانت معـاملته بـاطله سواء کـان قـد حکم الحاکم أم لا بل لا حاجه الی حکمه أصـلا و انما یلزم الحکم فی خصوص المفلس کما سیأتی توضیح هذه المباحث و تحریرها

ماده «۹۶۳» لا یحجر علی الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم یبذر،،،

قد یبلغ الفسق الی السـفه بل إلی أعلی مراتب السـفه فان شارب الخمر فاسق و سفیه و اما إذا کان مدمنا فهو مجنون بل فی أعلی مراتب السـفه و الجنون و من الجـدیر ان لاـ یعامـل شـارب الخمر و لاـ یصـاهر کما فی کثیر من الاخبار النبویه و هکـذا کثیر من الکبائر مثل الربا و القمار و الزنا و أخویه عافاک اللّه ایها المسلم من هذه الخبائث التی هی سوس الهیئه الاجتماعیه التی تنخر فی عظامها حتی تبلی و تتلاشی و اللّه ولی العصمه و التوفیق.

اما ماده (۹۶۴) یحجر علی بعض الأشخاص الذین تکون مضرتهم للعموم کالطبیب الجاهل

– و ماده «۹۶۵» فکلاهما خارجان عن الحجر الشرعی الاصطلاحی بل هما من الحجر اللغوی أو السیاسی.

الفصل الثانی فی (المسائل المتعلقه بالصغیر و المجنون و المعتوه)

ماده (۹۶۶) لا تصح تصرفات الصغیر غیر الممیز القولیه،،،

عبارات الصبی الصغیر الممیز کالمجنون لا اثر لها أصلا لأنه لا یعرف قصد الإنشاء بها بخلاف الصبی الممیز الذی یتمکن من قصد الإنشاء و لا اعرف للتقیید بالقولیه وجها مع ان جمیع تصرفات الغیر الممیز لا اثر لها.

ماده (۹۶۷) یعتبر تصرف الصغیر الممیز إذا کان فی حقه نفع محض

و ان لم یأذن به الولی و لم یجزه کقبول الهدیه و الهبه.

هذا من الاستحسان الحسن عقلا بل و عرفا اما شرعا فمقتضی الأحادیث الکثیره المشتمله علی مثل قوله علیه السّلام رفع القلم عن الصبی حتی یبلغ و عن المجنون حتی یفیق، عدم اعتبار جمیع تصرفاته له أم علیه أم لا له و لا علیه الا ما ورد به الدلیل الخاص مثل وصیه من بلغ عشرا إذا کانت بالمعروف أو مطلقا و لکن یمکن تخریج وجه لما ذکرته المجله من مجموع الأدله الشرعیه و الاعتبارات العقلیه و لکن الأحسن و الأحوط اعتبار اجازه الولی و لا شک ان الولی یجیز ما فیه المصلحه للصغیر و هو اعرف بالنافع له من الضار نعم و کل ما جاز للولی أن یتصرف فیه من أموال الصغیر جاز له ان یأذن للصغیر بمباشرته اما

لو باع الصغیر ثم أجاز نفسه بعد بلوغه فصحته غیر معلومه الا علی وجه بعید فی باب الفضولی: و علی تلک القاعده یبنی.

ماده (۹۶۸) للولی أن یسلم الصغیر الممیز مقدارا.

و مستنده قوله تعالی (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ) فإن التعبیر بآنستم إشاره إلی کفایه العلامات و الأمارات فی الحکم بالرشد و لذا یجب ان یمتحن الصغیر متی تظهر علیه أمارات الرشد فتدفع إلیه أمواله و بالضروره أن معاملاته بعد بلوغه فی خلال امتحان رشده تکون مراعاه بالمصلحه فما کان منها علی منهاج العقلاء و أهل السداد تکون ماضیه صحیحه و ما لم یکن منها علی ذلک المنهاج تکون باطله و لا یجدی اجازه الولی فی صحتها و تلخص من کل ما ذکر ان اعمال الصبی الغیر الممیز قولا و فعلا لغو صرف مع الإجازه و الاذن و بدونهما اما الممیز قبل البلوغ فاعماله کذلک قولا و فعلا مع الاذن أو الإجازه نافذه ماضیه مطلقا ما لم یتبین الضرر فیها علی الصبی اما بعد البلوغ قبل تبین الرشد فالصحیح منها ما ثبتت فیه المصلحه و موافقه العرف و العاده و ما لم یتبین فیه باطل حتی مع الاذن و الإجازه فافهم ذلک و اعرف وجهه بالتأمل.

ماده (۹۶۹) العقود المکرره التی تدل علی انه قصد منها الربح

و هی إذن بالأخذ و الإعطاء مثلا الی آخرها، صحه تصرف الصبی الممیز الموقوفه علی اذن الولی تتبع مقدار الاذن عموما أو خصوصا فقوله بع و اشتر اذن عام فی أنواع البیع و الشراء و امره بإجراء عقد واحد اذن خاص، و لا نعرف فرقا ذا أثر عملی بین الاذن و بین التوکیل

و الاستخدام: و هل التوكيل و الاستخدام الا نحو من الاذن و كذلك الأمر بالبيع و الشراء أو غيرهما أيضا ليست حقيقه إلا الاذن، العبارات شتى و الطرق كثيره و الغايه و الحقيقه واحده و من هنا تعرف الوهن فى ماده (۹۷۰) لا يتقيد و لا يتخصص.

لا نعرف وجها لعدم صلاحيه اذن الولى للتقييد أو التخصيص بمكان أو زمان و سيما بعد ان عرفت ان الوكاله و الاذن و ان اختلفا مفهوما و لكنهما متحدان أثرا و حكما و كل وكاله اذن و لا عكس و لا ريب بالاتفاق ان الوكاله تصلح لكل قيد فالإذن كذلك لان حكم الأمثال واحد و لا نص فى البين يجوز فى هذا و يمنع فى ذاك.

نعم قد يعلل ذلك بان الإذن إسقاط و الاسقاط لا يصلح للتقييد و هو وهم فى وهم و سبک خطأ فى خطأ فلا الاذن إسقاط و لا الاسقاط لا يقبل التخصيص بل يقبله (بيان ذلک) ان الولايه نوعان نوع قهرى إجبارى، و آخر اختيارى جعلى، فالأول كولايه الأب و الجد و الحاكم الشرعى فإنها لا تقبل الاسقاط و الثانى كولايه منصوب الحاكم الشرعى فإن له ان يسقط ولايه نفسه و يستقيل بخلاف الأول فإنه لو أسقط ولايته لا تسقط مضافا الى ان الاذن ليس إسقاطا للولايه إذ ليس إذن الأب أو الجد للصبى المميز بان يبيع أو يشترى إسقاط لولايتهما بل هو عين اعمال الولايه، و إعطاء الرخصه كإعطاء المالک الرخصه لآخر فى التصرف بماله فليس معنى ذلک انه أسقط ملكيته و ولايته على ماله بإعطاء الرخصه فى التصرف لغيره فكذلك إعطاء الولى الرخصه ليس معناه إسقاط الولايه

هذا [أولا]: و أما [ثانيا] فلو سلمنا فرضا ان الولايه إسقاط و لكن لا مانع من تقييد الاسقاط بزمان أو مكان فإن للدائن أن يطالب مدينه بحقه فى كل مكان و كل زمان اما لو قال له أسقطت عنك حق المطالبه يوم الجمعه أو فى شهر رمضان أو فى مكه المشرفه أو المدينه المنوره لزم ذلك و لم يكن له حق المطالبه فى تلك الأزمنه أو الأمكنه و هو تقييد مقيد فلا يكون لغوا فتدبره جيدا و أعرفه أصلحك اللّه.

ماده (۹۷۱) كما يكون الإذن صراحه يكون دلاله

فلو رأى الولى، الصغير يبيع و يشترى و لم يمنعه و سكت يكون قد اذنه دلاله تقدم غير مره ان السكوت بذاته لا يدل على شى ء و لا اثر له و انما المدار على القرائن التى تقرن به، و كان هذا غنيا عن البيان لوضوحه و تقدمه كوضوح ماده «۹۷۲» للولى أن يحجر على الصغير بعد ما اذنه،،، الاعلام و التعميم وسيله و لا يتوقف عليها الحكم و هو أمر استحسانى لا ضرورى فلو اذن له ثم منعه بعد ذلك صحت معاملاته الواقعه بعد الاذن و بطل الواقع منها بعد الرجوع سواء علم الولى بذلك و اعلم أم لا فتدبره.

و حيث ان المهم فى باب الحجر الذاتى تعين الأولياء، تعرضت المجله لبيانهم فى ماده «۹۷۴» ولى الصغير فى هذا الباب أولا أبوه ثانيا الوصى إلى الآخر،،، و هذا كله مع انه تطويل بلا فائده غير واف بجميع أنواع الأولياء و الضابطه الجامعه مع اختصارها هى ان أولياء الصبى أبوه و جده فى رتبه واحده و من سبق تصرفه كان هو النافذ و بطل

الثانى و لو اقترنا مع التنافى بطلا و من بعدهما منصوبهما أو منصوب أحدهما و لا ولايه لأحد غير هؤلاء من قريب أو بعيد الا الحاكم الشرعى أو منصوبه مع فقد أولئك أو عدم أهليتهم بقصور أو خيانه و لعل الى هذا أشارت ماده «۹۷۵» للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولى،،، و قد يؤدى هذا الى الخلاف بين الولى و الحاكم فالولى يمنع لانه لا يرى المصلحه و الحاكم يأذن لانه يراه صالحا فيكون المتبع رأى الحاكم على تأمل و ان جزم به أصحاب المجله.

ماده (۹۷۶) إذا توفى الولى الذى جعل الصبى مأذونا فيبطل اذنه

فان الاذن و الإباحه يبطلان بموت الآذن و المبيح كما تبطل الوكاله بموت الموكل لأن الجميع اذن و من خصوصيات الإذن اللازمه له لذاته زواله بزوال الآذن حاكما كان أو غيره فالتفكيك بين الحاكم و غيره كما فى المجله لا وجه له أصلا نعم لو نصب الحاكم وليا على قصير أو جعل متوليا على وقف و مات الحاكم فإن الولايه لا تبطل بموته و الفرق بين الاذن و الولايه ظاهر بأدنى تأمل،،، ثم انك عرفت من فحاوى كلماتنا المتتابعه فى هذا المجال ان أصل الولايه على الصغير انما هى لأبيه و جده و بعد فقدهما أو عدم أهليتهما تعود للحاكم و عليه فلو اذن الحاكم للصغير مع وجود أبيه أو جده و وجود المسوغ الشرعى لهذا الاذن ثم مات الحاكم فلا ريب ان الولايه للأب و الجد على خالها لا تزول و لم تزل انما عطلها فى المورد الخاص معارضه الحاكم و قد زالت بموته فتعود ولايتهما كما كانت على القاعده المعروفه إذا زال المانع عاد الممنوع و عليه فلا وجه لما فى

ماده (۹۷۷) للحاكم ان يحجر الصغير الذى اذنه و ليس لأبيه إلى الآخر.

ماده (۹۷۸) المعتوه فى حكم الصبى المميز.

بل الأكثر فى المعتوهين انهم كالصبى الغير المميز و ليس لهذا ضابطه كليه و المعتوهون مختلفون و إرجاع التعيين الى العرف أو الى حاكم الشرع اولى نعم لا إشكال بأن المجنون المطبق بحكم غير المميز كما فى ماده (۹۷۹) كما لا إشكال فى ماده «۹۸۰»- اما ماده «۹۸۱» فقد تقدم فى ماده «۹۶۸» ما يغنى عنها و عن ماده [۹۸۲] إذا بلغ الصبى غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده.

و لازم عدم جواز الدفع ضمانه لو تلف المال فى يد الصبى الذى لم يبلغ الرشد كما فى ماده «۹۸۳»- و ماده «۹۸۴» و حق المادتين ان يجمعا فى ماده واحده فيقال: ولى الصغير لو دفع له المال قبل ثبوت رشده أو قبل بلوغه فان كان المال موجودا انتزعه منه للحجر عليه و ان كان تالفا كان ضامنا و حيث كان من المعلوم اعتبار البلوغ و الرشد فى زوال الحجر عن الصبى و الرشد يعرف بالاختبار و الامتحان فى معاملاته كما مر (اما البلوغ) فيعرف بعلامات، بعضها طبيعيه ذاتيه و بعضها جعليه شرعيه أما الطبيعيه فهى الاحتلام فى الذكر بل و الأنثى ان تحقق فهو علامه لها أيضا و كذا الإنبات اى نبات الشعر على العانه و لم تذكره المجله، و الحيض فى الإناث و الحبل و هى علامه مسبوقه غالبا بالحيض كما ان الحيض مسبوق بالإثبات غالبا، و اما الشرعيه فهى

إكمال الخمسه عشر فی الـذکور، و التسع فی الإناث و كلها علامات لشـی ء واحـد و هو النضـج و الکمال و بلوغ حـد الرجوليه التی أثرها التوالد و التناسل و صلاحيه الرجل فعلا للإحبال و الأنثی إن تحبل و تلک کواشف عن تلک الحقيقه و المرتبه و لکن لو کمل الذکر خمسه عشر حکم عليه بالبلوغ شرعا بلغ تلک المرتبه أم لا و کذا الأنثی بالتسع نعم لو علم بلوغ مرتبه الرجوليه فی من بلغ سـنه الاـثنی عشـر أو أقـل أو أكثر دون الخمسه عشـر يحکم عليه بـالبلوغ و يترتب عليه آثار البالغ إذا فهی علامه حيث لا علاـمه قبلهـا امـا مع العلم و الظن المعتبر فله حکمه و مع الشـاک فـالخمسه عشـر و التسع و الی هـذا أشـارت ماده «۹۸۵» و ماده «۹۸۶» و لکن مما ذکرنا يظهر لک انه لا محصل لقوله فی هذه الماده و إذا أکمل الرجل اثنتی عشره و لم يلغ إلخ.

فإن بلوغ التسع و إكمالها هو البلوغ شـرعا فأی معنی لقولهم أکملت تسعا و لم تبلغ نعم المراهق هو المقارب لسن البلوغ کالثمان للصبيه و الاثنی عشر للصبی أو أول الخمسه عشر.

ماده (۹۸۷) من أدرک سن البلوغ و لم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغا حکما،،،

هذا هو البلوغ الشرعی و هو البلوغ بالسن المخصوص تعبدا و تجری عليه احکام البالغ.

ماده «۹۸۸» الصبی الذی لم يدرک سن البلوغ إذا ادعاه لا تقبل دعواه،،،

اعترافات الصبی الذی لم يثبت بلوغه کلها لاغيه و هذا منها فالدعوی لا تثبت نفسها بل تثبت باماراتها.

ماده (۹۸۹) إذا أقر المراهق أو المراهق فی حضور الحاکم ببلوغه فإن کذبه ظاهر الحال إلخ.

قـد عرفت ان دعوی البلوغ لا تثبت بمجرد الاعتراف بل لا بـد من اعتبار الأمارات و بمجرد ادعائه انه بالغ لا یترتب علیه اثر له أو علیه فان حصلت احدی الأمارات المتقدمه الشرعیه أو الطبیعیه فالعمل علیها أقر أو أنکر و ان لم تحصل هی و لا حصل العلم من أمارات أخری بل حصل الظن أو الشک فلا عبره بهما بل المرجع الی استصـحاب عـدم البلوغ و إقراره مع الشک لا اثر له أصـلا مراهقـا کـان أو غیر مراهق و الخلاصه ان القرائن ان کانت منصوصه أو مخصوصه و هی ما ذکرناه فالعمل علیها حتی مع الشـک یتعین و ان لم یکن فلا عبره بها و لو أفادت الظن بل المعول علی الاستصحاب فتدبره، و للّه المنه.

الفصل الثالث فی (السفیه و المحجور)

ماده «۹۹۰» السفیه المحجور هو فی المعاملات کالصغیر الممیز الی الآخر.

هذا هو القسم الرابع من أقسام المحجور علیهم و یقع الکلام فی

تشخیص موضوعه (أولا) ثم بیان احکامه (ثانیا) «اما الأول» فإن السفه ضد الرشد و السفیه یقابل الرشید و حیث ان الرشد هو ملکه نفسانیه تمنع من إفساد المال و صرفه فی غیر الوجوه المطابقه لأفعال العقلاء فالسفیه بخلافه- مثلا من یبیع ماله بأقل من ثمن المثل و یشتری بأکثر من ثمن المثل فهو سفیه و من اتفق أکثر أمواله فی الخمر غالبا و الملاهی أو شطرا من أمواله فیها فهو سفیه و من یبیع ما یحتاجه فیصرفه فیما لا یحتاجه مما یسمونه بالکمالیات فهو سفیه و هکذا أملاکه و تعیین مصادیقه موکول الی عرف العقلاء و هو یختلف باختلاف أنواع الأشخاص و الأزمنه و الأمکنه و الظروف حتی ان من ینفق أکثر أمواله فی الخیرات و المبرات زائدا علی ما یلیق بشأنه فضلا عما إذا کان مجحفا بعیاله قد یعد عند العقلاء سفیها (اما الثانی) فمعاملاته المالیه باطله مطلقا حتی ما یوافق فیها طریقه العقلاء و الأصل فی ذلک قوله تعالی (وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ) بناء علی ما هو الظاهر من ان المراد لا- تعطوا أموالکم معاوضه عن أموالهم و ان کان بقیه الآیه قد تشعر بخلاف ذلک و لکن الاخبار فیه کثیره و هذا النهی وضعی یقتضی فساد المعامله و لازم ذلک ان من ابتاع من السفیه مالا و دفع له الثمن فأتلفه لا ضمان علیه و یسترجع الولی المبیع سواء کان عالما بسفهه أم لا و کذا لو باعه شیئا فلا تصح معاملاته التعاوضیه فضلا عن معاملاته المجانیه کالهبه و العاریه و نحوهما نعم لیس هو مسلوب العباره کغیر الممیز بل هو کالممیز فیصح ان یوکل علی عقد لغیره کما یصح ان یعقد لنفسه بیعا أو نکاحا أو غیرهما و لکن یبقی

موقوفا على اجازه الولى و لا يسـلم اليه مال أصـلا لا الـذى له و لا الـذى لغيره و لو سـلم اليه المال فتلف فان كان المال للغير فلا ضمان على السـفيه و ان كان له فالدافع ضامن و الفرق بينه و بين الصبى المميز ان ولى هذا أولا أبوه أو جده اما ولى السـفيه فهو الحاكم الشرعى حتى مع وجودهما أو وجود وصيهما.

ماده «۹۹۱» تصرفات السفيه التى تتعلق بالمعاملات القوليه الواقعه بعد الحجر لا تصح،،،

يظهر من هـذا ان الحجر على السـفيه موقوف على حكم الحـاكم حيث تقول «المجله» لكن تصـرفاته قبل الحجر كتصـرفات سائر النـاس، و أنت خبير بان السـفه أمر ذاتى و نقص فى العقل و التفكير فهو كالصـغير و المجنون فكما ان الحجر فيهما و فى المعتوه لاـ يتوقف على حكم الحـاكم لاسـتناده إلى أمر ذاتى فكـذلك السـفيه و من هنـا اتفقت الإمـاميه ظـاهرا على ان الحجر عليه غير موقوف على الحكم بـل كـل معـامله مـاليه تقع مع السـفيه فهى باطله سواء علم وقتها بأنه سـفيه أم لا نعم لو اجازه الولى لوقوعها موافقه لمعاملات العقلاء نفذت كما نبهت عليه (المجله) فى ماده (۹۹۳) إذا باع السفيه المحجور .. ثم ان من احكام السفيه لزوم إنفـاق الولى عليه و هو الحـاكم بالقـدر المنـاسب لحـاله و شـأنه و كـذا على عياله الواجبى النفقه عليه كما فى ماده «۹۹۲» و من أحكامه أيضا ما فى ماده «۹۹۴» لا يصح إقرار السفيه و ان الحقوق الثابته عليه شرعا يؤديها الولى من أمواله كما فى ماده «۹۹۵» و انه إذا استقرض و صرفه على نفسه بالمعروف يلزم الحاكم أداء ذلك الدين و الا فلا

لأن الدائن قد أضاع ماله على نفسه و لكن القدر المعلوم انه حيث يكون الدائن عالما بسفهه و الا فلو أقرضه على أصل السلامه لم يبعد عدم سقوط حقه فليتأمل.

ماده (٩٩٧) إذا اكتسب السفيه المحجور صلاحا

على قاعده إذا زال المانع عاد الممنوع و كان السفه هو المانع من صحه التصرفات فإذا زال عادت الصحه كما فى سائر العقلاء.

الفصل الرابع فى (المديون المحجور)

ماده (٩٩٨) لو ظهر عند الحاكم مماطله المديون فى أداء دينه حال كونه مقتدرا الى آخرها،،، إذا ماطل المديون غرماءه فى أداء دينه و هو قادر و ملى و شكاه الغرماء الى الحاكم أنذره أولا فإن أصر على المماطله حبسه فإن بقى مصرا فان كان عنده نقود أخذها الحاكم و دفع منها حق الغرماء و ان لم يكن عنده نقود باع الحاكم من أمواله المنقوله أو غير المنقوله حسب نظره بقيمتها السوقيه و دفعها الى الغرماء و هذا لا ربط له بالمفلس أصلا و ليس المفلس

شرعا الا هو من قصرت أمواله عن ديونه فطلب الغرماء ان يحجر على أمواله و يمنعه من التصرف بها خوف التلف فتعود الخساره عليهم و هو الذى أشارت إليه ماده «۹۹۹» المديون المفلس الذى دينه.

و تحرير هـذا البحث بأسلوب واسع و واضـح- ان الفلس لاـ يكون سببا للحجر عنـدنا معشر الإمـاميه إلا بشـروط (الأول) ثبوت الـديون عنـد الحـاكم (الثـانى) قصور أمواله عنهـا امـا لو زادت أو ساوت فلا حجر خلافا لما فى المجله فى المساوى «الثالث» ان تكون ديونه حاله فلو كانت مؤجله أجمع أو الحال منها لا يزيـد على أمواله فلا حجر حتى لو كانت عنـد حلولها تزيـد عن أمواله (الرابع) التماس الغرماء من الحاكم الحجر عليه و ليس للحاكم التبرع حتى لو التمسه المفلس بنفسه اما لو التمسه بعضهم فان كان دينه بخصوصه يزيـد على أمواله صـح الحجر و الاـ فلاـ ثم ان أمواله التى تقـاس الى ديونه و هى كـل مـا زاد على دار سـكناه و ملاـبسه و أثـاث بيته و خـادمته و دوابه و كتبه كـل ذلـك على حسب شـأنه و ما يليق بنسـبه أقرانه فإن زادت يؤخـذ الزائـد و ان نقصـت أكملت و بحسب أيضـا من أمـواله ديـونه و ان كـانت مـؤجله ان كـانت على مؤسـرين دون المعسـرين أو المتمردين أو الغـاصبين و إذا تحققت هـذه الشـروط و حجر الحـاكم عليه ترتبت على ذلـك أحكـام «الأـول» بطلان تصـرفاته أجمع فى جميع أمواله الموجوده حـال الحجر مـده بقـائه سواء تعلقت بـدين أو عين أو منفعه و سواء كانت بعوض مطلقا كالبيع أو الإجازه بخيار فى بيع سابق فإنه نافذ سواء وافق غبطه الغرماء أم لا فان حق الغرماء قد تعلق بماله على نحو كيفيه

ملكه له من لزوم أو تزلزل فلا- ينقلب الجائز بالحجر لازما و لذا لا يمنع الغير من اجراء خياره لو كان فى بعض أمواله كما انه لو خرج مال المفلس عنه بهبه و نحوها قبل الفلس لم يكن للغرماء إلزامه بالرجوع فيه و ان كان له ذلك نعم لا- ينفذ إبراؤه و إسقاطه بماله من ديون أو حقوق ماليه اما التصرفات الغير الماليه كوصيته أو تدبيره اللذين لا ينفذان إلا فى ثلث الفاضل عن الدين و كالنكاح و الطلاق و الإقرار بالنسب و ان أوجب النفقه و لكنه فى الذمه كما لو افترض أو اشترى نسيئه أو باع سليما فضلا عما إذا كان موجبا لتحصيل المال مجانا كالاحتطاب و الاحتشاش و الاتهاب فهل تدخل فى الحجر أم لا، وجهان أقواهما العدم اما أمواله المتجدده بعد الحجر من أمواله المحجوره فهى تابعه لها و الحجر لا يسقط عبارته فيجعلها لاغيه كعباره الغير المميز بل له ان يتوكل عن الغير بل له ان يجرى العقود على أمواله المحجوره فتنفذ بإجازه الغرماء أو الحاكم كما نصت عليه ماده «٩٩٣» إذا باع السفيه،،، و لو فضل عن الديون فان كان لارتفاع السوق فالحجر صحيح و يرد إليه الزائد و ان كان لخطإ فى التقدير حين الحجر كشف عن بطلانه و تمضى تصرفاته الواقعه أثناء الحجر [الثانى]، ان إقراراته بعد الحجر و ديونه المتجدده تنفذ عليه و تبقى فى ذمته و لا يضربون مع الغرماء المتقدمين فى المال المحجور حتى لو أقر بسبق الدين الا ان يصدقه الغرماء أو يثبت عند الحاكم كما فى ماده «٩٩۴» لا- يصح إقرار السفيه «الثالث» ان ديونه المؤجله لا تحل بالحجر و لا بموت الدائن نعم تحل بموت المديون

مطلقـا محجورا و غیر محجور، و تقسـیم أمواله بعـد الحجر علی دیونه الحـاله و لاـ یـدخر للمؤجله شـی ء و ما یحل قبل الشـروع بالقسـمه ضـرب صاحبه مع الغرماء و لو حل بعد قسـمه البعض شارک فی الباقی مع باقی الغرماء و لو ظهر دین حال بعد القسـمه نقضت و شارک و لو کان الحلول بالصـلح علی تعجیله بإسقاط بعضه فالأقوی مشارکته علی تأمل «الرابع» ینفق علیه و علی عیاله الواجبی النفقه من ماله المحجور الی یوم القسـمه کما فی ماده «۱۰۰۰» و لو مات قبلها فتجهیزه الواجب من أمواله و کذا لو مات من یجب تجهیزه علیه «الخـامس» إذا وجـد بعض غرمـاء المفلس عین مـاله فهو أحق بها و لو لم یکن غیرها و لا یشارکه الغرماء فیهـا اما غرماء المیت لو قصـرت أمواله عن دیونهم فهم شـرع سواء حتی صاحب العین فتقسم الترکه بنسـبه دیونهم حتی لو مات محجورا علیه بالفلس لان المال ینتقل إلی الورثه و فیه حق الغرماء و لذا لو دفع الورثه الدین صارت الترکه ملکا طلقا لهم، اما لو وقت الترکه بالـدیون فصاحب العین أحق بها ان کانت العین باقیه بحالها اما لو تغیرت بزیاده منفصـله أخـذها بـدون الزیاده، و لو کانت متصـله فإن کانت بفعل المفلس کما لو غرس أو صـبغ أو خلط کان شریکا بالنسبه و ان لم تکن بفعله کالسمن و الطول و نحوه فهـل یأخـذها کـذلک أو یسـقط الأخـذ أصـلا أو یأخـذها و یکون شـریکا بالنسبه و یشارکه المفلس بالنسـبه و لعله أقوی الوجوه امـا لو تغیرت بـالنقص أخـذها ان شـاء و ضـرب مع الغرمـاء بقیمه النقص، و لو خلطهـا بالمسـاوی أو الأـدون و لم یمکن التمییز تخیر

بين الشركه و بين الضرب مع الغرماء،،، بقيمتها كما لو خلطها بالأعلى و لو تغيرت الحقيقه بأن صار الحب زرعا و البيض فرخا كان بحكم التالف فليس له الا الضرب مع الغرماء كما تقدم، و يقدم حق الشفيع على البائع لو أفلس المشترى و يضرب البائع مع الغرماء بقيمه الشقص و كذا يقدم المرتهن عليهم فيأخذها بدينه ان ساوت و يرد الزياده ان زادت و يضرب معهم بالنقيصه ان نقصت و كذا حق المجنى عليه و لكن لو قصر ثمن العبد الجانى فليس للمجنى عليه أكثر من قيمته أو رقبته و لو أفلس بثمن أم الولد أخذها البائع أو اختص بثمنها (السادس) لو تجددت له أموال بعد القسمه فللحاكم ان يحجر عليها إذا التمس الغرماء ذلك تلافيا لبقيه ديونهم ان كان المتجدد يقصر عنها و الا فلا الا ان يكونوا قد أسقطوا و أبرءوا «السابع» قد عرفت ان ولايه الصغير و المجنون للأب أو الجد منه أو لمنصوبهما فان لم يكونا فللحاكم أو منصوبه و كذا من بلغ غير رشيد اما من بلغ رشيدا ثم عرضه السفه و صار مفلسا فللحاكم لا غير،،، هذه أهم مباحث الحجر و السفيه و المفلس و منه تعرف كم أهملت المجله من الفروع المهمه، و الأحكام المحكمه، فى هذا الباب، و للّه المنه و الحمد.

الباب الثانی فی (بیان المسائل التی تتعلق بالإکراه)

اشاره

العمـل المکره علیه فـاعله لاـ اثر له شـرعا قولاـ کـان أو فعلاـ و الأصـل فیه قبـل الإجمـاع قوله تعـالی «إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ» بل هو نوع من أنواع الضـروره فیشـمله کل أدله المضطر مثل قوله تعالی «فَمَنِ اضْطُرَّ غَیْرَ باغٍ وَ لا عادٍ فَلا إِثْمَ عَلَیْهِ» و فی الحدیث النبوی المعروف (بحدیث الرفع) رفع عن أمتی الخطأ و النسـیان و ما لا یعلمون و ما اضـطروا الیه و ما استکرهوا إلخ، (و النبوی المشـهور) ما من محرم الا و قد أحله اللّه لمن اضـطر الیه، و لکن انما تسـقط الآثار وضـعیه و تکلیفیه بالإکراه إذا استجمع شروطا.

(الأول) ان یکون المکره بالکسـر قادرا علی فعل ما یتوعد به من ضـرب أو حبس و نحوهما و علیه تنص ماده (۱۰۰۳) یشترط ان یکون المجبر.

(الثانی) ان یظن المکره بالفتح أو یقطع بأنه إذا لم یأت بالمکره علیه أوقع بالمکره، بالکسر، به ما یتهدده فیه من قتل أو ضرب

أو نحوهما كما فى ماده «۱۰۰۴» يشترط خوف المكره- «الثالث» ان يكون المكره بالفتح عاجزا عن مقاومته و رد شره عنه بنفسه أو الاستعانه من حاكم أو غيره و قد أهملت المجله هذا الشرط «الرابع» و هو ان يكون ما يتوعد به مما لا يتحمله المكره أو لا يليق بشأنه و هذا يختلف باختلاف الأشخاص و مراتبهم كما يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه و سائر الاعتبارات فرب شخص لا يليق به كلمه فيها رائحه الإهانه فقد يفعل الفعل دفعا لهذه الكلمه فيكون مكرها و رب شخص لا يضر بشأنه الصفع و الضرب و الحبس و الغل فيفعل الفعل خوف ذلك فلا يعد مكرها، و ربما يشترط بعضهم ان يكون عاجزا عن التوريه فلو كان عارفا بها و لم يقصدها كان مختارا لا مكرها و هو غير معلوم و كيف كان إذا تحققت الشرائط المتقدمه ارتفع الحكم التكليفى المرتب على ذات القول أو الفعل لو لا الإكراه كما يرتفع الأثر الوضعى فلو سب نبيا أو وليا مكرها فلا إثم، كما لو باع أو وهب كذلك فلا اثر لبيعه و لا هبته، و لو شرب خمرا مكرها فلا إثم كما لو غصب مال غيره و أتلفه مكرها فلا ضمان و هكذا سواء فعل ذلك بحضور المكره المتوعد أو بغيابه فان الحضور و الغياب ليس له أى أثر بعد تحقق تلك الشروط فلا وجه لما فى ماده «۱۰۰۵» ان فعل المكره المكره عليه فى حضور المجبر يكون الإكراه معتبرا و اما إذا فعله فى غيابه فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعا الى آخرها،،، فإنه لو أكره أحد آخر على بيع داره و لو بكتاب أو رسول تحقق الإكراه و أى اثر للحضور إذا كان الخوف

حاصلا حتى مع الغياب.

ثم هل يصح عقد المكره بإجارته بعد الإكراه- خلاف، و الأقرب الصحه كما فى ماده (۱۰۰۶) و ذلك لعمومات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و نحوها و لفحوى أدله الفضولى فتدبره،،، و لو باع المالك مكرها و تصرف المشترى كان ضامنا كالغاصب بجميع ما يجرى عليه من احكام الضمان المتقدمه.

ماده (۱۰۰۷) كما ان الإكراه الملجئ يكون معتبرا إلخ.

قد عرفت ان لا فرق بين الملجئ و غير الملجئ بالمعنى المذكور لان المدار على الخوف سواء كان من قتل أو حبس أو غيرهما نعم يفترقان بمعنى آخر تقدم بيانه.

الباب الثالث فی (بیان الشفعه

اشاره

و ینقسم إلی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان مراتب الشفعه)

ماده (۱۰۰۸) أسباب الشفعه ثلاثه

(الأول) ان یکون مشارکا قـد عرفت قریبا ان أقرب عباره تکشف عن حقیقه الشـفعه التی هی من خصائص الشـریعه الإسـلامیه و عظم عنایتهـا بنظم الهیئه الاجتماعیه و الصالـح العام و حکمتها العالیه ان لا یبتلی المالک لملک مشاع بشـریک جدیـد لا یعرف شیئا من أخلاقه و حسن سیرته فقد یکون شرکته وبالا علیه و تنغیصا لعیشه فی داره أو عقاره مده عمره فجعل له حق أخذ ما باعه شریکه من المشتری بـالثمن، إذا فأحسن تعبیر عنها انها حق تملک الشـریک الشـقص من المشتری بالثمن، و لهـذا الحق أسـباب کما له شروط

اما أسبابه فكما أشارت إليه هذه الماده- الشركه على الإشاعه اما فى نفس العين أو فى حق الشرب الخاص أم فى الطريق الخاص كالأمثله المذكوره فى المتن و هذان سببان لحق الشفعه عند الإماميه أيضا كما عند عامه أرباب المذاهب فهو إجماع المسلمين، «اما السبب الثالث» و هو كونه جارا ملاصقا الى يمينه أو يساره أو خلفه لا المقابل فقد اختلفت أرباب المذاهب فيها، فالشافعى و مالك على عدم الشفعه فيها و عليه كافه الإماميه لقوله عليه السّلام [إذا وقعت الحدود فلا شفعه بينهم] و الحنفى و أصحابه على ثبوتها لما يروى عنهم (جار الدار أحق بدار الجار) و هو الذى اختاره المجله، و لبعض الفقهاء تفصيل فالجار المشارك فى الطريق الخاص من أحد الجانبين له الشفعه و غيره كالجار من خلف أو المقابل لا شفعه له و هذه الأسباب مرتبه فلو اختص كل واحد بواحد منها ففى ماده «۱۰۰۹» حق الشفعه أولا- للمشارك فى نفس البيع كاشتراك شخصين فى عقار شائعا (الثانى) ان يكون خليطا إلخ.

و ماده (۱۰۱۰) إذا لم يكن مشاركا فى نفس المبيع أو كان و ترك ..

و حاصله ان المشارك فى العين مقدم فان لم يكن أو كان و ترك فللثانى و هكذا، اما ماده (۱۰۱۱)- و ماده (۱۰۱۲) فالشفعه فى الموردين انما تثبت حيث تكون الأرض مشتركه اما مع عدم الشركه فى الأرض فلا شفعه فإن البناء كالغروس لا شفعه فيها الا تبعا للأرض كما تقدم.

ماده (۱۰۱۳) إذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرءوس.

هذا هو المتفق علیه ظاهرا عند أرباب المذاهب و لعله المشهور عندنا و وجهه ان سبب الشفعه هو الشرکه و هو فی الجمیع واحد، و وحده السبب تقتضی وحده المسبب و هو کما تری فیه للخدشه مجال و لو قیل بان کل واحد یأخذ بمقدار حصته لکان أقرب الی العدل.

و اما ماده (۱۰۱۴) و ما بعدها الی آخر الفصل.

فالأحکام المندرجه فیها مبنیه علی استحسانات و اعتبارات لا بأس بها بناء علی أصول القوم اما عندنا فلا موقع لها أصلا إذ لا شفعه مع تعدد الشرکاء مضافا الی ان تلک الوجوه لا تصلح ان تکون دلیلا.

الفصل الثانی فی (بیان شرائط الشفعه)

(الأول) ماده (۱۰۱۷) یشترط ان یکون المشفوع به ملکا عقاریا ..

الظاهر اتفاق أرباب المذاهب علی هذا الشرط فلا تثبت الشفعه فی المقولات مطلقا و لا فی الأبنیه و المغروسات لا تبعا للأرض اما عند الإمامیه فالأخبار الوارده فی هذا مختلفه أشد الاختلاف ففی کثیر حصرها بالعقارات و فی بعضها التعدی إلی الحیوان و فی جمله منها التعدی إلی خصوص العبد و لکن

قد استقر المذهب من زمن المحقق و العلامه رضوان اللّه عليهما حتى كاد ينعقد الإجماع عندنا أخيرا على عدم ثبوتها فى المنقولات مطلقا الا ما يتبع الأرض و عليه فيصح ان يقال ان إجماع المسلمين اليوم على عدم الشفعه فى المنقولات الا ما يتبع الأرض فلو كانت الغروس ملكا لاثنين و الأرض لثالث فلا شفعه اما لو كانت مع الغروس لاثنين فباع أحدهما الأرض أو الغروس معها فللشريک ان يشفع کما تشعر به ماده (۱۰۱۹) و نصت عليه ماده (۱۰۲۰)

«الثانى» (۱۰۱۸) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا أيضا

- أى لا- وقفا و قد اختلف أصحابنا رضوان اللّه عليهم أشد الخلاف فى ثبوت الشفعه فى العين المشتركه بين الوقف و الملك الطلق فيما لو وقع البيع على الملک الطلق أو وقع على الوقف لو حصل المسوغ لبيع الوقف فبين قائل بثبوتها مطلقا مع وحده الموقوف عليه و تعدده فى الصورتين و بين قائل بعدمها مطلقا كذلک و بين مفصل فتثبت مع الوحده و تنتفى مع التعدد، أو فى الصوره الأولى دون العكس أو بالعكس، و تمسک كل قائل لدعواه بوجوه لا- يخلو كل واحد منها من خدشه (و خلاصه التحقيق) من ذلک المخض ان أصل الشفعه لما كانت عباره عن تملک الشفيع الحصه من المشترى قهرا عليه و هذا حكم على خلاف الأصل و العمومات التى تنص على ان الناس مسلطون على أموالهم و ليس لإنسان أن يملک مال غيره قهرا عليه، إذا فلا بد من الاقتصار فى هذا الحكم المخالف للأصل على مورد اليقين و المتيقن ما إذا كان الشريكان يملكان ملكا

طلقـا امـا فی الوقف شـفیعا أو مشـفوعا به فمشـکوک و الأصـل عـدم ثبوت الحق فلاـ شـفعه فی مقـام الوقف مطلقـا و ما ذکرته «المجله» وجیه متقن.

(الثالث) ماده (۱۰۲۱) الشفعه لا تثبت الا بعقد البیع ..

اشاره

یعنی یشترط ان یکون انتقـال الشـقص بـالبیع اما لو کان بغیره من عقود المعاوضات أو غیرها کالهبه و نحوها فلا شـفعه حتی فی الهبه المعوضه لما عرفت فی کتاب الهبه ان المعوض لیس للعین الموهوبه حتی تکون کالبیع بل هو عوض لنفس الهبه فالتعاوض بین الهبتین لاـ بین الموهوبین و هـذه من دقائق فقه الإمامیه فتـدبره، و منه ظهر الخـدشه فی ماده (۱۰۲۲) الهبه بشرط العوض فی حکم البیع .. نعم یتفرع علی اشتراط الانتقال بالبیع و خروج غیره.

ماده (۱۰۲۳) لا تجری الشفعه فی العقار الذی ملک لآخر بلا بدل

کتملک أحد عقارا بلا عوض ..

(الرابع) ماده (۱۰۲۴) یشترط ان یکون للشفیع رضا،،،

و لم تحسن (المجله) التعبیر عن هذا الشرط فجاء مختل اللفظ و المعنی- فان الرضا بالبیع لا یسقط الشفعه بل یولدها و لو لا البیع لم تکن شفعه و انما یسقطها إسقاطه لها أو تماهله عن الأخذ بها بناء علی ما سیأتی من الفوزیه و قد حصل مثل هذا الوهم لبعض أساتیدنا فقال فی حواشیه علی التبصره لو اذن فی البیع معرضا فالأقوی البطلان ای بطلان الشفعه و کذا فیما لو بارک أو شهد إذا ظهر منه الاعراض انتهی، و کنا قد علقنا علیها ما نصه

الشـفيع يأخـذ من المشترى لا من البائع فإذنه كاعراضه لعله وصـله الى غرضه، و مثله لو بارك أو شـهد فالشـفعه فى الجميع ثابته فتـدبره جيـدا و كـذا لاـ يلزم سـقوط الشـفعه لو كـان وكيلاـ للبـائع فى البيع بل كل ذلك محقق لموضوعها لا مسـقط لها نعم لو اسـتأجر من المشترى سقطت، و وجهه واضح و كذا لو اعرض عن المشترى بعد علمه بشرائه و لم يبادر إلى الأخذ سقطت شفعته لفوات الفوريه لا للاعراض فتدبره.

الخامس (ماده ۱۰۲۵) يشترط ان يكون البدل مالا معلوم المقدار

بناء عليه لا تجرى الشـفعه فى العقار الـذى ملك بالبـدل الذى هو غير مال كبدل اجره الحمام الى آخرها،،، اعتبار معلوميه البدل اى الثمن ليس شـرطا فى أصل ثبوت الشـفعه و انما هو شـرط فى إعمالها أى الأخـذ بها احترازا عما لو جهل الثمن لغيبه البائع أو المشترى أو موتهمـا بحيث لم يعلم بمقـدار الثمن فـإنه لاـ يمكن الأخـذ بهـا فسـقوطها فى مثل ذلك من جهه تعـذر العمل بها لا بمعنى انه إذا لم يعلم مقدار الثمن حين البيع أو حين قوله شفعت تكون باطله بل له ان يقول شفعت بالثمن الذى اشتريت به مهما كـان، و توهم لزوم الغرر مـدفوع بأنه ربما يكون عالما إجمالا بان الثمن عادلا و انه لا يزيـد على ثمن المثل الا قليلا، و على كل حال فهـذا الشـرط قد ذكره فقهاؤنا أيضا و لكن يلزم ان يحمل على المعنى الذى ذكرنا لا على ما يتراءى من المجله و غيرها من انه شـرط فى عـداد سـائر الشـروط لأصل ثبوت حق الشـفعه مثل كونه عقارا و ان الانتقال بالبيع و نحوها (هـذا أولا) (و ثانيا) فلو سلم ان

المعلومیه شرط کسائر الشروط و لکن الـذی یصح ان یتفرع علیه انه لو شـفع و هو جاهل بمقـدار الثمن لم تؤثر شـفعته لا عدم جریانها فیما إذا کان البدل غیر مال کالدار التی ملکت بدل اجره الحمام «و ثالثا» لا أدری لما ذا صارت اجره الحمام لیست بمال و اجره الحمـام لاـ یخلو امـا ان تکون نقودا و هی مـال بلاـ اشـکال و اما ان تکون عروضا کـدار مثلا و هی مال أیضا بلا ریب و بـدلها و هو منافع الحمام أیضا مال لان معیار المال عنـد العرف هو ما یبـذل المال بإزائه أی ما یبذل أحد النقدین بدلا عنه و من المقطوع به ان منافع الحمام یبـذل الدراهم و الدنانیر بإزائها فهی مال فالمنافع مال و أعواضـها من نقود و عروض أیضا مال حتی الدار فلما ذا لا تجری الشـفعه لو کان فیها شـقص للغیر فباعها و کذلک الدار لو ملکت شقصها المرأه مهرا ثم باعته فلشریکها ان یشفع نعم لو ملکته مهرا لم یکن للشریک شفعه لأنها لم تملکه بالبیع و هو من أهم شرائط الشفعه کما عرفت، فهذا الشرط مضافا الی انه لا محصل له ساقط بالکلیه کسقوط

(الشرط السادس). ماده «۱۰۲۶» یشترط ان یزول ملک البائع عن البیع بناء علیه،،،

فإنه فضـله مسـتدرک إذ البیع الفاسـد لیس بیعا حتی علی القول بالأعم فإنه لیس الفاسد بمراد فی هذه الموارد التی یدور الحکم فیها علی الانتقال لا علی اجراء العقـد فقط و الفاسد عندنا غیر مؤثر کالباطل علی ما سبق فی محله اما البیع الخیاری فلا یمنع من الأخذ بالشفعه بل للشفیع یأخذ و للبائع ان یعمل خیاره إذا شاء و لو کان الخیار للمشتری انتقل مع الشقص الی

الشفیع ان شاء عمله و ان شاء ترک إذا فلا فائده بهذا الشرط و هو مستدرک استدراک.

ماده (۱۰۲۷) لا تجری الشفعه فی تقسیم العقار.

فقد مر انها لا تثبت الا بالبیع، و القسمه لیست بیعا فذکره مستدرک.

الی هنا انتهت شروط الشفعه فی «المجله» و تبقی شروط اخری لم تذکرها و لعل إجماع الإمامیه أخیرا علی اعتبارها فی ثبوت أصل هذا الحق (الأول)، ان لا یزید الشرکاء علی اثنین و فی المتقدمین من یذهب الی ثبوتها حتی مع التعدد و لکن انعقد إجماع المتأخرین ظاهرا علی اعتبار الاثنین لا غیر «الثانی» ان یکون الشفیع مسلما لو کان المشتری مسلما، فلا شفعه لکافر علی مسلم و للمسلم الشفعه علیه، (الثالث) قدرته علی الثمن أو بدله حالا ان کان البیع حالا، اما لو کان مؤجلا فاما یدفعه حالا و الا یلزم بکفیل- بالإیفاء عند حلول الأجل، ثم انه لا یشترط فی الشفیع ای من له حق الشفعه البلوغ و لا الرشد فیثبت للصبی مطلقا و للمجنون و للسفیه و یأخذ لهم الولی مع المصلحه و لو أهمل کان لکل واحد منهم ان یشفع بعد زوال العذر خلافا لما فی المجله (۱۰۲۵) یطلب حق شفعه المحجورین ولیهم و ان لم یطلب الولی حق شفعه الصغیر فلا تبقی له صلاحیه طلب حق الشفعه بعد البلوغ فان هذا علی إطلاقه غیر صحیح نعم لو ان الولی أهمل اعماله من جهه عدم المصلحه فی ذلک الوقت اتجه سقوطها بعد البلوغ اما لو کان تقصیرا من الولی فلا سقوط لانه حق مالی ثابت فان لم یعمله الولی

استوفاه صاحب الحق بعد كماله و ارتفاع المانع

الفصل الثالث يلزم فی الشفعه ثلاث مطالبات.

لیس فی کتب أصحابنا شی ء من هذه التعاریج و التخاریج و انما الذی عندهم ان الشریک متی علم ببیع الشریک حصته لزمه ان یعرف الثمن ثم اما ان یأخذ به أو یترک سواء کان فی مجلس البیع أو غیره مع حضور المشتری أو عدم حضوره غایته انه مع غیبته حذرا من الإنکار یشهد شاهدین لیکونا بینه له علی الأخذ بالشفعه فورا و قد اتفقوا علی ان الغالب له الشفعه و لو بعد السنین المتطاوله و لا تسقط شفعته بترک الاشهاد و ان تمکن منه فضلا عما لو عجز عنه و کذا المریض و المحبوس و نحوهما کما اتفقوا أیضا علی انه لو ادعی غیبه الثمن أجل ثلاثه أیام فان لم یحضره بطلت شفعته لکن (فی حسنه) علی بن مهزیار غیر هذا التفصیل قال: سألت أبا جعفر الثانی علیه السّلام عن رجل طلب شفعه أرض فذهب علی ان یحضر المال فلم ینض فکیف یصنع صاحب الأرض إذا أراد بیعها أ ینتظر مجی ء شریکه صاحب الشفعه قال ان کان معه فی المصر ینتظر به الی ثلاثه أیام فإن أتاه بالمال و الا فیبیع و بطلت شفعته فی الأرض و ان طلب الأجل الی ان یحمل المال من بلد آخر فلینتظر به مقدار

ما يسافر الرجل الى تلك البلد و ينصرف و زياده ثلاثه أيام فإن وفاه و الا فلا شفعه له انتهى.

و ينبغى ان يكون المراد بصاحب الأرض هو المشترى لا البائع حتى يتجه استحقاق الشفعه للرجل الذى ذهب لإحضار المال فإن الشفعه لا تثبت الا بعد البيع و لو كان المراد بها البائع أى الذى يريد ان يبيع لم يكن المقام موضع شفعه و كيف كان فلا بد من العمل بهذا الخبر الشريف الموافق للعرف و الاعتبار و على كل حال فقضايا الاشهاد و التقرير و المواثبه قضايا احتياطيه و استعداد للكفاح فى ما لو وقعت الخصومه و لا دخل بها فى أصل حق الشفعه فإنها تثبت بمجرد بيع الشريك و للشفيع ان يشفع بأى صوره يشاء و لكن على الفور سواء أشهد أم لا قرار أم لا و لا حاجه الى مراجعه الحاكم الا عند الخصومه كما فى سائر الخصومات و لا يضر فى استحقاق الشفعه تأخيره التقرير أو الإشهاد أو مراجعه الحاكم ضروره ان حكم الحاكم طريق للإثبات لا سبب فى الثبوت فليتدبر.

و عليه فلا يهم التعرض لهذه المواد المذكوره فى هذا الفصل.

الفصل الرابع فی (بیان حکم الشفعه)

ماده «۱۰۳۶» یکون الشفیع مالکا للمشفوع.

تحریر هـذا البحث علی طرز جدیـد، و أسـلوب مبتکر، هو انک بعـد مراجعه ما مر علیک من مباحث الشـفعه تسـتطیع ان تتصور لتکوین حق الشـفعه و ولادته و نشوه و ارتقائه ثلاث مراحل (المرحله الأولی) أسـباب تکونه فی طور القوه و الاسـتعداد و عمـده تلک الأسـباب الشـرکه فی العقار بنحو الإشاعه «المرحله الثانیه» وجوده بنحو الفعلیه و التحقق و ذلک یحصل بالبیع علی الأجنبی فإذا باع الشـریک حصـته علی الأجنبی تحقق له حق الشـفعه فعلا، (المرحله الثالثه) استثمار ذلک الحق و استعماله و هو ان یأخذ بالشـفعه فـإذا دفع الثمن إلی المشتری ملـک الحصه قهرا علیه و وجب ان یتخلی عنهـا، «فالأولی» قوه و «الثانیه» فعلیه و وسـیله «و الثانیه» غایه و ان شـئت قلت الاولی «غرس» و الثانیه «شـجره» و الثالثه «ثمره» فإنه بعـد تحقق المرحلتین ان دفع الثمن فقد ملک و أخذ الفائده و الا سقط ذلک الحق الذی تکون له بتلک الأسباب و لعل الی بعض هذا تشیر المجله بقولها: یکون الشفیع مالکا

للمشفوع بتسليمه الثمن و لكن قوله «بالتراضى» لا محل له إذ ليس له الامتناع و لا تتوقف ملكيه الشفيع على رضاه و غايته انه إذا امتنع عن قبض الثمن و عن رفع اليد عن المشفوع به يراجع الشفيع الحاكم كما يراجع فى سائر موارد الممتنعين عن أداء الحق، و رفع أيديهم عن مال غيرهم لا لخصوصيه فى الشفعه و لا من أجل ان التملك موقوف على مراجعه الحاكم كما يظهر من عباره المجله فتدبره: ثم ان هذا التملك القهرى على المشترى- الاختيارى للشفيع ليس بيعا و شراء آخر و لا صلحا و لا عقدا من العقود بل هو معامله أخرى من المعاوضات جعلها الشارع بهذا النحو و بتلك الكيفيه و لكنها بمنزله الشراء فى قضيه دفع الثمن و أخذ المثمن و هذا المقدار لا يكفى فى ترتب جميع آثار البيع فيشكل فى ماده (۱۰۳۷) تملك العقار بمنزله الشراء ابتداء بناء عليه الاحكام التى تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤيه و خيار العيب تثبت فى العقار المأخوذ بالشفعه أيضا،، و تحرير هذا البحث بصوره وافيه ان النظر فى قضيه الخيارات فى باب الشفعه يقع فى ثلاث جهات ما أشارت [المجله] الا الى النزر الضئيل منها «الاولى» فى الخيارات بين البائع و المشترى و انه هل تثبت الشفعه بمجرد العقد أو لا تثبت الا بعد انقضاء زمن الخيار فنقول ان الخيار اما ان يكون للبائع فقط أو للمشترى كذلك أو لهما فان كان للبائع فقد قال بعض أصحابنا انه لا شفعه حتى ينتهى الخيار لان الانتقال و ان حصل و لكنه متزلزل فلا شفعه إلا بعد استقراره و كذا لو كان الخيار للبائع فقط اما لو كان الخيار للمشترى فقط فقد استقر من جهه

البائع و لزم فتأتی الشفعه و هو کما تری فیه للخدشه مجال واسع و التحقیق ان الشفعه تدور مدار العقد المؤثر للانتقال و تزلزله لا یمنع منها بأی وجه کان نعم علی القول بان الخیار یمنع من أصل الانتقال بالعقـد و لا یحصل اثر البیع الا بانقضاء زمن الخیار یتم ما ذکر.

[الثانیه] انه لو کان للمشتری خیار و أخـذ الشریک بالشـفعه هل یسـقط خیاره لعدم الفائده له من اعمال الخیار إذ لیس قصده الا استرداد الثمن و لا أقل من تخلصه بالفسـخ من عهده التدارک للشـفیع فان الشـفیع یأخذ من المشتری لا من البائع و علیه تدارک المبیع لا علی البائع و هذا هو الأقوی.

[الثالثه] بعد ان کان مما لا ینبغی الإشـکال فی ان الخیارات العامه کخیار العیب و الغبن و الرؤیه و الشرط و أمثالها مما یعم دلیلها جمیع المعاوضـات بیعـا أو غیره تجری فی الشـفعه ضـروره انهـا و ان لم تکن بیعا و لکنها لا تخرج عن حظیره المعاوضات فکما یثبت للمعاوضات یثبت للشـفعه إنما الکلام فی الخیارات الخاصه بالبیع کخیار المجلس مثلا هل یجری فی الشـفعه و حیث علمنا ان الشـفعه لیست بیعا قطعا و ان خیار المجلس یختص بالبیع نتـج من هاتین المقدمتین عدم الریب فی عدم جریان خیار المجلس و خیار التأخیر و نحوهما فیها و بهـذا ظهر انه لو ظهر فی المبیع المشـفوع به عیب بعـد الأخذ فإن کان الشـفیع و المشتری قد کانا عـالمین به فلا خیار و ان کانا جاهلین فالخیار للشـفیع فان رده علی المشتری کان له الخیار أیضا و لو کان المشتری عالما به دون الشفیع کان للثانی الخیار فقط ثم بعد ان عرفت ان الشفعه حق و انها حق مالی تعرف یقینا انها

تورث بموت من له الحق و يشـملها عموم (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) فلو مات الشـفيع قبل ان يأخـذ سواء بعـد علمه أو قبله حيث لا ينافى الفوريه العرفيه كان لوارثه أن يأخذ بها لأنها حق مالى و كل حق مالى يورث أما أرباب المذاهب فقد اختلفوا فالمنقول عن الحنفى انه لا يورث و عليه جرت (المجله) ماده (۱۰۳۸) لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكا للمشفوع لم ينتقل حق الشـفعه إلى ورثته،،، و وافقهم جماعه من عظماء فقهائنا المتقدمين اسـتنادا إلى روايه طلحه بن زيد و هى ضـعيفه السـند مهجوره عند الأكثر و قد استقر المذاهب أخيرا على ان الشفعه تورث كسائر الحقوق الماليه و وافقنا عليه مالك و الشافعى،،،

ماده [۱۰۳۹] لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع – يسقط حق شفعته،

بيع المشـفوع به بعد طلب الشـفيع انما يصح حيث لم يدفع الشفيع الثمن اما مع دفع الثمن فقد عرفت انه يملكه و ينتقل من ملكيه المشترى و لا حق له فى البيع أصلا إلا فضولا عن الشفيع

ماده «۱۰۴۰» لو بيع ملک عقارى آخر متصل بالملك المشفوع لا يكون شفيعا لهذا العقار الثانى،،،

قد عرفت ان الجوار لا اثر له فى ثبوت الشفعه حتى بعد تملك الشفيع فضلا عما قبله،،،

ماده «۱۰۴۱» الشفيع اما ان يأخذ الجميع أو يترک الجميع و ليس له التبعيض

و لعل هذا من المتفق عليه عند جميع المذاهب حتى الإماميه

ماده (۱۰۴۲) ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض و ان فعل أسقط حق شفعته،،،

هـذا المنع لاـ وجه له و النـاس مسـلطون على أموالهم يهبون و يـبيعون لمن شـاءوا نعم إذا نقـل الشـريك حصـته الى شـريكه أو الأجنبى زال عنه حق الشـفعه لزوال الموضوع و هو الشـركه و هـذا جد واضح، إنما الاشـكال و المعضل فيما لو باع أو وهب بعد بيع شـريكه و قبل الأخـذ حيث لا ينافى الفوريه يعنى باع أحـد الشـريكين حصـته قبل ان يعلم بان شـريكه قـد باع قبله فهل له ان يأخـذ بالشـفعه مع انه قد باع حصـته أم لا «وجهان» للأول الاستصـحاب و للثانى زوال الموضوع بل زوال عله الحكم فان الغرض من الشـفعه ان لاـ يـدخل على الشـريك شـريك أجنـبى قـد لاـ يتلاـيم معه و لاـ يحسن معاشـرته و هـذا الـوجه قـوى و ان كـان الاستصحاب أيضا لا يخلو من قوه و المسأله كما قلنا مشكله.

ماده «۱۰۴۳» ان أسقط أحد الشركاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار،،،

لاـ نعرف لهـذا الفرق وجها بل الشـفيع إذا أسـقط حقه قبل الحكم أو بعـده فقـد سـقط حقه و صارت الشـفعه للباقين على القول بثبوتها مع التعدد.

ماده «۱۰۴۴» لو زاد المشترى على البناء المشفوع.

هـذا نظير من اشترى عينا للبائع خيار فيها و أحـدث المشترى فيها بناء أو صـبغا أو غير ذلك فان تصـرفه مشـروع و إذا فسخ البائع بخيـاره لزمه التـدارك و دفع قيمه ما أحـدثه المشترى و ليس له ان يجبره على القلع بعـد ان كان تصـرفه مشـروعا و للمشترى ان يمتنع عن رده الى البائع قبل أخذ حقه و هكذا الكلام بعينه فى الشفيع مع المشترى كما نصت عليه

«المجله» فالشفيع بالخيار ان شاء ترک و ان شاء تملک المشفوع بإعطاء ثمنه و قيمه الأبنيه و الأشجار.

إلى هنا انتهت مواد المجله فى كتاب الشفعه

و قد بقى بحثان مهمان تعرض لهما الفقهاء

اشاره

منا و من القوم و لم تتعرض لهما «المجله» أصلا و لو على سبيل الإيجاز

(الأول) الحيل الشرعيه الموجبه لسقوط الشفعه

و حيث اننا لا نحب الحيل مهما كانت و الناس بحمد اللّه قد أصبحوا أحيل من ان يحتاجوا الى من يعلمهم الحيله فلا حاجه الى ان نسقى السيف سما و نضع ضغثا على اباله إذا فترک هذا البحث اولى، و يكفى لمن يريد التخلص من شفعه الشريک ان يستبدل البيع بالصلح أو الهبه المعوضه بناء على ما هو الحق من انها ليست بيعا و ان العوض لذات الهبه لا للعين و البيع مبادله مال بمال و هنا مبادله عمل بعمل و المال تبع غير مقصود بالأصاله.

(البحث الثانى) مسائل النزاع و الخلاف

اشاره

الذى اعتادت (المجله) ان لا تذكر منه شيئا فى كل كتاب مع أهميته اما فقهاؤنا رضوان اللّه عليهم فقد التزموا على الغالب فى متون مؤلفاتهم و مختصراتها فضلا عن الموسوعات و المطولات ان يذكروا آخر كل كتاب من البيع و الإجاره و سائر العقود- عده مسائل من أنواع الخلاف و التنازع بين المتعاقدين كتمرين للفقيه على القضاء و الحكم و قد ذكروا فى آخر كتاب الشفعه جمله وافيه من مسائل التنازع المتصوره فيها بعضها واضحه و بعضها فى غايه الإشكال

فمن تلك المشكلات- ما لو ادعى المشترى زياده الثمن فقال مثلا اشتريته بمائه و أنكر المشترى فقال بخمسين فظاهرهم الاتفاق على ان البائع معزول فى هذه القضيه فلا يقبل قوله أصلا سواء شهد للمشترى أو للشفيع لأنه فى المقام متهم من جهه التدارك أو غيرها و هو و ان كان على إطلاقه محل نظر واضح و لكن لنفرض الكلام فيما لو لم تكن شهاده للبائع اما لموته أو غيبته أو نحو ذلك فان كانت لأحدهما بينه فهى المتبعه و ان لم تكن فقد تعقدت القضيه و اعضلت و لذلك اضطربت كلمات الأصحاب أشد الاضطراب و قام الخلاف على ساق فى هذه و فى نظيرتها و هى ما إذا اختلف المشترى و البائع فى الثمن الذى جرى عليه العقد زياده و نقيصه، و سر الإعضال فى القضيه ان من المعروف و الواضح المكشوف ان طالب الزياده فى كل مقام هو المدعى و ان منكرها هو المنكر و على هذا الملاك فالمشترى المدعى لزياده الثمن هو المدعى و الشفيع هو المنكر فيكون القول قوله بيمينه، و نظرا الى ان المشترى لا دعوى له على الشفيع أصلا و المدعى هو الذى لو ترك ترك و هذه صفه الشفيع هنا فإنه هو الذى يطالب و يريد انتزاع العين من مالكها المشترى قهرا عليه و الأصل عدم تسلطه على مال الغير بقوله و بالمقدار الذى يدعيه فبهذا الملاك صار الشفيع مدعيا لا منكرا و يلزم ان يكون القول قول المشترى لا قوله، فتعارضت الجهات و تدافعت الأصول و قامت الحيره فى ان لأيها الترجيح؟ و على ايها يكون العمل؟ فمال كل فقيه إلى جهه و أخذ كل واحد بترجيح ناحيه و تضاربت الأفكار و كثر الرد و الإيراد

حتی ان بعض فقهائنا المتأخرین کتب فیها ما یقرب من عشر صفحات من کتابنا هذا؟ و المسأله هنا خالیه من النص نعم فی قضیه تنازع المشتری و البائع وردت روایه بتقدیم قول البائع و قد عمل بها جماعه من الأساطین علی ضعف سندها و أراد جماعه ان یطردوها حتی إلی مسألتنا هذه اعنی تنازع الشفیع و المشتری و لعله أشبه بالقیاس و هو تعدیه حکم موضوع الی موضوع آخر،،،؟ و الذی نراه بعد هذا کله ان القول قول المشتری بیمینه لا قول الشفیع فإنه هو المدعی و ان أنکر الزیاده و لکنه یدعی استحقاق العین بذلک المقدار و الأصل عدمه مضافا الی انه هو المطالب و هو الذی لو ترک ترک و المشتری لا یدعی علیه شیئا و لا- یطالبه بشی ء و لیت الشفیع ترکه و مضی لسبیله، و کل هذا واضح و انما أوقع الارتباک قضیه دعوی الزیاده من المشتری فأوهم انه مدع مع أن قضیه الزیاده لیست بمیزان مطرد نعم الغالب ان مدعی الزیاده یکون مدعیا و منکرها هو المنکر و لکن لا یتمشی ذلک فی کل مورد فإن قضیه البائع و المشتری هناک و قضیه الشفیع و المشتری هنا لها خصوصیه أخری قلبت القضیه و غیرت مجاری الأصول فتدبرها جیدا و به المستعان.

و علی هذا یبتنی ترجیح احدی البینتین علی الأخری لو قدماها معا فان قلنا بان القول قول الشفیع و قلنا بتقدیم بینه الداخل قدمت بینته و الا فبینه المشتری و العکس بالعکس و التحقیق موکول الی محله.

(و منها) ما لو أقر أحد الشریکین بأنه قد باع حصته من أجنبی و أنکر الأجنبی الابتیاع

قیل تثبت الشفعه نظرا إلی الإقرار و قیل لا تثبت

لأنها موقوفه على ثبوت الابتياع و تحقق الانتقال و لم يثبت، و التحقيق انه يلزم ان يعلق ثبوت الشفعه على ثبوت البيع فان حكم على الأجنبى ببينه و نحوها انه قد ابتاع تثبت الشفعه و الا فلا و الإقرار وحده هنا لا يكفى،،،

(و منها) ما لو اختلف الشريكان فى التقدم و التأخر

و فيها صور كثيره فادعى ان شريكه قد اشترى بعده فله حق الشفعه عليه فأنكر ذلك حلف المنكر ان ليس لخصمه حق شفعه عليه و لا يلزمه اليمين انه قد اشترى قبله اما لو ادعى كل منهما انه قد اشترى قبل الآخر لتكون له الشفعه فالقضيه من باب التداعى يتحالفان ان لم تكن بينه فتثبت الشركه و تسقط الشفعه و كذا إذا جاء كل واحد ببينه اما لو انفرد أحدهما بها فالشفعه.

(و منها) ما لو اعترف البائع و المشترى ان الثمن المعين غصب و البيع فاسد و أنكر الشفيع و لا بينه

فاللازم رد العين حسب اعترافهما الى المالك و الشفيع يأخذ الشقص بالشفعه و يدفع مثل الثمن أو قيمته إلى المشترى فيدفعه إلى البائع يأخذه مقاصه عن شقصه و اعترافهما لا اثر له فى حق الشفيع لأنه إقرار فى حق الغير فان ادعيا عليه العلم يحلف انه لا يعلم بكونه غصبا، اما لو اعترف البائع و الشفيع دون المشترى أو الشفيع و المشترى دون البائع فلا شفعه و يستخرج باقى حكم هذه الصور بالتأمل من الفقيه الماهر و قد ذكر فقهاؤنا قدست أسرارهم هنا فروعا كثيره، و فروضا نادره، تدل على غزاره علم، و نابعيه فضل و فقاهه عاليه لا احسبها توجد

عند امه من الأمم و من أراد تصديق ذلک فليراجع الموسوعات من كتب الإماميه ان كان من أهل الفن ليعرف اننا لم نذكر لهم الا بعض ما يستحقون، و جزى اللّه جميع علماء المسلمين و عامه فقهائهم خير جزاء المحسنين و نفعنا بعلومهم و جمعنا و إياهم فى الرفيع الأعلى مع النبيين و الشهداء و الصديقين و حسن أولئک رفيقا، و نختم هنا كتاب الشفعه راغبين اليه تعالى فى أن يشفع فينا أولياءه الذين لا يشفعون الا لمن ارتضى و آخر دعواهم ان الحمد للّه رب العالمين.

□
بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

الكتاب العاشر (فى أنواع الشركات

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثمانيه أبواب)

المقدمه فی (بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بأنواع الشرکات)

اشاره

ماده (۱۰۴۵)

الشرکه:

فی الأصل هی اختصاص ما فوق الواحد بشی ء و امتیازهم به لکن تستعمل أیضا عرفا و اصطلاحات فی عقد الشرکه الذی هو سبب لهذا الاختصاص فتقسم الشرکه بناء علی هذا الی قسمین.

تحریر هذا البحث کما ینبغی بل کما یجب- ان الشرکه بحسب وضعها اللغوی و استعمالها العرفی- هی مطلق اجتماع اشخاص فی شی ء بجهه جامعه سواء فی العین أو الدین أو المنفعه أو الانتفاع أو الحق فمن أباح طعاما

لجماعه فهم شركاء فيه و ان كانوا لا يملكون عينه و لا منفعته بل يملكون الانتفاع به و كذا من أباح لشخصين أو أكثر المطالعه فى كتابه و من هنا يعلم ان الشركه فى المباحات العامه انما هى بهذا المعنى اى بالمعنى اللغوى العرفى لا الاصطلاحى أعنى اصطلاح الفقهاء فإنه قد تخصص عندهم بمعنى اختلفت تعبيراتهم عنه و حيث ان الشركه تتحقق عندهم فى العين و الدين و الحقوق و المنافع فأرادوا تعبيرا يعم كل هذه النواحى فعرفها مشهور فقهائنا بأنها اجتماع حقوق الملاك فى الشى ء الواحد على سبيل الإشاعه و أرادوا بالشى ء الواحد الشخصى لا النوعى أو الجنسى و اخرجوا بالقيد الأخير ما لو اشتركوا فى بستان مثلا أو دار و لكن لا- على الإشاعه بل على ان لأحدهما الجانب الشرقى و للآخر الغربى و أمثال ذلك و مع انه أقرب التعاريف إلى الحقيقه قد أطالوا النقض و الإبرام و الطرد و العكس مما لا حاجه و لا فائده فيه، و لعل أسلم منه و أقرب الى الحقيقه ان يقال- الشركه استحقاق أكثر من واحد لشى ء واحد على الإشاعه ثم ان لهذا الاستحقاق أسبابا و له بعد تحققه احكام اما أسبابه فهى نوعان «قهريه» و «اختياريه» و القهريه أيضا نوعان نوع بجعل الشارع و آخر بأسباب اتفاقيه أخرى فمن الأول- الميراث ضروره ان جميع الورثه يشتركون فى ملكيه التركه كما يشترك بعضهم فى مقدار منها «فهم شركاء فى الثلث» «و من الثانى» فاختلاط المالين قهرا بحيث لا- يمكن تمييز أحدهما عن الآخر عاده و من هذا القبيل الوصيه بالثلث لجماعه أو وقف ملك على جماعه «أما الاختياريه» فلها أسباب كثيره

(أحـدها) مزج المـالين بحيث لا يتميزان سواء كان بفعلهما أو فعل أجنبى (ثانيها) العقـد بان يشتريا أو يسـتأجرا دارا على الإشاعه فيدفع كل منهما قيمه نصيبه من ماله فيشتركان فى ملكيه الدار و ملكيه منافعها (ثالثها) الحيازه كما لو اشتركا فى حيازه سمك أو أخشـاب أو حطب أو صـيد (رابعهـا) احيـاء موات كما لو اشتركا فى إحياء أرض موات فإنهما يشتركان فى ملكيتها على حسـب عملهما أو اتفاقهما- هـذه أهـم أسـباب الشـركه بمعنى اجتماع الحقوق فى الشـى ء الواحد أو كما قلنا- اسـتحقاق أكثر من واحد لشـى ء واحد، و لكن المهم ان تعرف ان هذه الأنواع من الشـركه ليست هى المراد من الشركه التى أفرد لها الفقهاء كتابا ذكروه ضمن أبواب العقود و المعاملات «المراد بهـا عقـد خـاص يقصـد منه الاسترباح و الاكتساب من الشخصـين أو أكثر بمالهما بعد المزج و انما ذكروا تلك الأسـباب من باب المقدمه و الاسـتطراد حيث ان الشـركه بهذا المعنى تتوقف على المزج و هو يحصـل تـاره بالاختيـار و اخرى بأسـباب أخرى كمـا عرفت و من هنا يتضـح لك الخلل البارز فيما ذكرته «المجله» فى هـذه الماده حيث جعلت العقد من أسـباب الشـركه بمعنى الاختصاص مع ان عقد الشـركه الذى يبحث الفقهاء عنه فى كتاب الشـركه المندرج فى أبواب المعاملات يتوقف على الشـركه بمعنى اجتماع المالين و امتزاجهما و ليس عقد الشركه سببا للاختصاص أو الامتزاج أصلا نعم قـد يكون العقـد سـببا للاختصاص أو الامتزاج كما عرفت فيما لو اشتريا دارا على الإشاعه و لكن ذاك عقـد بيع أو إجاره لا عقد الشركه الذى يقصد به الاسترباح و التكسب الذى

لا يحصل و لا يتحقق الا بعد امتزاج المالين قهرا أو اختيارا فعقد الشركه يتوقف على الاختصاص و الامتزاج و هما سبب له لا هو سبب لهما كما تقول «المجله» فتدبره، و عقد الشركه للاسترباح هو القسم الثانى المذكور هنا و الذى سيأتى تفصيله فى الباب السادس، و قد تداخل الموضوع و اختلط البحث على أرباب «المجله» كما اختلط على جماعه من غيرهم فاحتفظ بهذا، ثم ان محل اجتماع الحقوق كما قلنا أو الاختصاص كما تقول المجله لا يخلو اما ان يكون عينا أو دينا أو منفعه أو حقا- اما الانتفاع فقد عرفت انه خارج عن الشركه الاصطلاحيه و مثله الشركه فى المباحات العامه فإنها من قبيل الحكم لا الحق و من قبيل انه ملك ان يملك و انه مالك فعلا، و ذكر بعض الشراح ان تقسيم الشركه إلى عين و دين من قبيل تقسيم الشى ء إلى نفسه و الى غيره فان الدين لا- ملك و لا- منفعه بل هو وصف شرعى ثم دفع هذا الإشكال بأنه و ان لم يكن مالا فعلا و لكنه مال بالمال انتهى، و أنت خبير بسقوط هذا الاشكال من أصله فإن الدين مال فعلا باعتبار العقلاء، و لذا يباع و يشترى كغيره من الأعيان الخارجيه و الشركه فيه واضحه و أوضحها مثالا ما لو مات و له دين على شخص فإن الورثه يشتركون فيه بأجمعهم و كذلك الشركه فى المنافع و الحقوق، و من الأخير إرث حق الخيار أو جعل الخيار لاثنين أو أكثر مشتركين لا على نحو الاستقلال.

و من جميع ما ذكرنا اتضحت ماده «۱۰۴۵» و هى الأولى من

كتاب الشركه اما ما بعدها من المواد إلى ماده «۱۰۶۰» فينبغى أو يجب حذفها تماما من المجله- إذ أى عربى أو متعرب لا يعرف ان معنى الحائط هو الجدار. و الماره عباره عن المارين أو القناه أو المسناه أو ان رأس المال هو السرمايه و هو ترجمه العربى بالفارسى و هلم سحبا إلخ.

الباب الأول فی (بیان شرکه الملک

اشاره

و یشتمل علی ثلاثه فصول)

«الفصل الأول» فی (تعریف شرکه الملک و تقسیمها)

ماده «۱۰۶۰» شرکه الملک هی کون الشی ء مشترکا بین اثنین فأکثر هذا تفصیل ما تقدم من الإجمال لبیان أسباب الاشتراک فی المال الواحد و الشی ء یشمل کل ما یمکن تحقق الشرکه فیه من العین و الدین و الحق و المنفعه سواء وقعت بأسبابها القهریه أو الاختیاریه ثم إذا تحققت الشرکه بأحد تلک الأسباب ترتبت علیها احکام بعضها من حیث تصرف الشرکاء أو بعضهم و بعضها من حیثیات اخری- و من الثانی ان

التلف بعد الشركه كلاـ أو بعضا يكون على جميع الشركاء بنسبه حصصهم إذا لم يكن المتلف أحدهم فلو تلف النصف و الشركاء اثنان كان من كل واحد ربع و هكذا و عليه يبتنى ماده (۱۰۶۱) فلو كان لرجل دينار و لآخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لاـ يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها يكون الباقى مشتركا بينهما مثالثه ثلثاه لصاحب الدينارين و ثلثه لصاحب الدينار،،، و لكن لعلك عرفت مما مر عليك فى الأجزاء السابقه ان هذه القضيه لا تبتنى على قاعده الشركه لأن المالين لم يمتزجا امتزاجا حقيقيا بل و فى بعض الصور قد لا يكون مزج أصلا كما فى مسأله الودعى الذى استودعه رجل درهما و آخر درهمين فتلف درهم لا يعلم انه من صاحب الدرهم أو من صاحب الدرهمين و توزيعه عليهما بالنسبه هو مقتضى قاعده العدل سواء كانت هناك شركه أم لا و اعلم ان شركه المزج تكون تاره (ظاهريه) و هى التى يتطرق فيها احتمال التمييز كما فى قضيه الدراهم و أمثالها (و حقيقيه) و هى التى يستحيل فيها التمييز عاده أو واقعا كامتزاج المائعات من جنس واحد و كامتزاج الدقيق و نحوه و فى الأولى تكون القسمه ظاهريه مراعاه ببقاء الاشتباه فإذا زال أمكن زوال الحكم و بطلان القسمه و فى الثانيه يكون دائميا لا مجال لبطلانه، و بقيه المواد قد سبق بيانها و هى واضحه، و قد شرعت «المجله» فى بيان القسم الثانى من أحكام الشركه أعنى ما يتعلق بتصرف الشركاء الذى يتكفل به.

(الفصل الثانی) [فی] (بیان کیفیه التصرف فی الأعیان المشترکه)

اشاره

سواء کانت من العقارات أو الحیوانات أو الأطعمه أو الحبوبات أو غیرها.

ماده (۱۰۶۹) کیف ما یتصرف صاحب الملک المستقل فی ملکه یتصرف أیضا فی الملک المشترک أصحابه بالاتفاق کذلک.

لا- یخفی ما فی العباره من التعقید و التشویه و المراد ان الشرکاء یتصرفون بالاتفاق کما یتصرف المالک فی ملکه المستقل فمجموعهم کواحد و واحدهم کالأ-جنبی لیس له التصرف بدون إذنهم و علیه یتفرع ماده (۱۰۷۰) یسوغ لأصحاب الدار المشترکه أن یسکنوا فیها جمیعا لکن إذا أدخل أحدهم أجنبیا فللآخر منعه، علی ان هذا الاستدراک مستدرک فان للآخر المنع مطلقا و مثلها ماده (۱۰۷۱) التی مفادها جواز تصرف الشریک بإذن شریکه الذی علم مما سبق و الاستدراک بقوله:

لکن لا یجوز ان یتصرف تصرفا مضرا بالشریک مستدرک أیضا فإن الضرر حرام مطلقا و لا حاجه الی بیانه هنا (۱۰۷۲) لیس لأحد الشریکین ان یجبر الآخر بقوله اشتر حصتی أو بعنی حصتک غیر ان المحل المشترک

ان کان قابل القسـمه و الشـریک لیس بغائب یقسم و ان کان غیر قابل القسمه فلهما التهایؤ کما یأتی تفصیله فی الباب الثانی،، و لکن إذا کان الشـریک غائبا لا تبطل القسـمه مع طلب أحد الشـرکاء بل یرفع امره الی حاکم الشـرع فینذره أو ینذر وکیله فان لم یحضر أحدهما سقط حق حضوره و تولی الحاکم القسمه لأنه ولی الغائب و الممتنع و کذا لو لم یمکن مراجعه الغائب کمجهول المحـل أو الحیـاه فـإن مثـل هـذه الأمور العامه من وظائف الحاکم و لا یجوز فی حفظ النظام تعطیلها و لو لا نصب الحاکم لمثل هذه الحوادث لاختل النظام و تعطل کثیر من الاحکام و ساءت حاله الإسلام.

ماده (۱۰۷۳) الأموال المشترکه شرکه الملک تقسم حاصلاتها بین أصحابها علی قدر حصصهم

فإذا شـرط أحد الشریکین فی الحیوان المشترک شیئا زائدا علی حصته من لبن ذلک الحیوان أو نتاجه فلا یصح لا ریب ان منافع الملک هی لأرباب الملک علی حسب حصصـهم و لکن ذکر الشـرط لا محل له هنا أصـلا ضروره ان الکلام فی الشرکه بمعنی اجتماع الحقوق لا الشـرکه العقدیه التی ستأتی فی الباب السادس و هی التی تقبل الشرط و عدمه اما هذه فلا مجال فیها للشروط أصلا فتدبره جیدا.

ماده (۱۰۷۴) الأولاد فی الملکیه تتبع الام مثلا إذا کان لواحد حصان فعلا علی فرس آخر

فالفلو الحاصل لصاحب الفرس کذلک إذا کان لواحد حمام ذکر و لآخر أنثی فالفراخ الحاصله منهما لصاحب الأنثی

هـذا الحكم ليس له كثير علاقه بمباحث الشـركه إلا بمقدار التنبيه على ان النتاج الحاصل من فحل شـخص و أنثى آخر لا يكون مشتركا بينهما بل يختص به مالك الأم لأنه يعد عرفا نماء ملكه كالثمره فإنه يتبع الشجره لا فحل اللقاح و لا يختص هذا بالحيوان بل يجرى حتى فى الإنسان المملوك فإنه يكون لمالك امه لا لمالك أبيه و لا لهما معا الا مع الشرط كما هو محرر فى محله.

ماده (١٠٧٥) كل واحد فى شركه الملك (بل و فى غيرها) أجنبى فى حصه الآخر.

ليس واحد وكيلا عن الآخر- إلخ.

هـذه المـاده على طولهـا من غير طائل و مع ما فيها من تعقيـد العباره و سوء البيان قـد اشـتملت على حكم جزافى يخالف قاعـده الشـركه و قـد عرفت ان كل واحـد من الشـركاء نسـبته وحده الى المال المشترك نسـبه الأجنبى إليه سواء بسواء فلا يجوز له اى تصـرف بـدون اذن الباقين فلو تصـرف و تلف المال بيده يكون ضامنا و لو مع عدم التعدى و التفريط لأنها يد عاديه إذ كل جزء يفرض فهو له و لشـركائه فيكون المقـام من قبيـل اجتمـاع الملاك على الشـى ء الواحـد لا الملاك على أشـياء و كل واحـد من أصـحاب الدار المشتركه لا يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال بل صاحب ملك ناقص و ملكيته ضيقه يزاحمه فيها جماعه آخرون و هم شـركاؤه فلا حق له فى دخول و خروج فضـلا عن اعاره و اجاره بـدون إذنهم فلو سـكن الـدار بغير رخصـه منهم و انهدمت ضمن حصصهم و ان لم يكن بتعد منه أو تفريط كل ذلك قضاء لمعنى الشركه و لوازمها الطبيعيه

مؤيـده بالقواعد الشـرعيه، و كان القوم توهموا ان حقيقه الشـركه كون كل شـريك يملك جزء فى الدار غير الجزء الذى يملكه الآخر و هو معنى لا محصل له و ان كان ربما يدور على لسان بعض المتفقهه، و يتفرع على ما ذكرنا انه لو سكن الدار بدون اذن شريكه لزمته الأجره لحصه شـريكه سواء أشغل الدار كلها أو بعضها فان البعض الذى اشغله هو له و لشريكه إذ لا قسمه فى البين فتلزمه اجره ما اشـغله بالنسـبه و الا لتساوى المشاع و المقسوم فالحكم بعـدم الضـمان و عدم الأجره حكم جزافى غريب و أغرب منه ماده (۱۰۷۶) إذا زرع أحد الشـركاء فى الأراضى المشتركه لا صلاحيه للآخر فى طلب حصته من الحاصلات على عاده البلد مثل ثلث أو ربع لكن إذا نقصت الأرض بزراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمه نقصان حصته.

بل الصـحيح حسب الأصول و القواعـد ان له اجره المثل لإعاده البلـد إلا إذا ساوت اجره المثل بل الأصـح ان الشـريك مخير فى هـذه الصوره بين قلع الزرع و بين إبقـائه بالأـجره إلى حين حصـاده مضافـا الى أجره المـده السـابقه و هكـذا الغرس و البناء و لو نقصت الأـرض كـان له مع ذلـك أرش النقيصه و عليه يبتنى ان أحـد الشـريكين بـدون اذن الآـخر سواء قبض الأـجره أم لا فهو فضولى و الشـريك مخير بين الإجـاره و الرد و ترجع الأجره لصاحبها و لو تلفت كان على المؤجر ضـمانها على تفاصـيل ذكرت فى بـاب الفضولى و من هنـا ظهر الخلـل فى ماده (۱۰۷۷) أحـد الشـريكين إذا آجر لآـخر المال المشترك و قبض الأجره يعطى الآخر

حصته منها.

لا- بل الآخر مخير بين الإجازه فيأخذ حصته منها و بين الرد فلا اجازه و لا اجره، و أشد ضعفا و وهنا ماده (۱۰۷۸) يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترک فی حال غيبه الشريک الآخر إذا وجد رضاه دلاله على الوجه الآتى بيانه.

ماده (۱۰۷۹) انتفاع الحاضر بالملک المشترک بوجه لا يضر الغائب يعد رضا من الغائب.

كلا- بل إذا قامت اماره قطعيه على رضاه جاز الانتفاع بمقدار سعه الاذن و ضيقه و مع عدمها لا يجوز أصلا أضر أم لم يضر.

ماده «۱۰۸۰» لا يوجد من الغائب رضا دلاله على الانتفاع بالملک المشترک المختلف باستعمال المستعمل

فلا يجوز لبس الألبسه المشترکه فی غياب أحد الشريكين و كذا البرذون- اما فی الأشياء التی لا تختلف باختلاف المستعمل مثل حرث و تحميل فله استعماله بقدر حصته كما لو غاب أحد الشريكين فی الخادم المشترک فللحاضر استخدامه فی نوبته.

هـذه المـاده كمـا ترى مثل أغلب مواد هـذا الفصل مختله التراكيب مشوهه الأساليب كأنها رطانه أعجميه لا عباره عربيه، و مبانى هـذه المواد بعضـها اسـتحسان و بعضـها جزاف لا- يساعـد عليه عرف و لا- قيـاس و الا- فـأى فرق بين الألبسه المشترکه و ركوب البرذون المشترک فلا يجوز و بين التحميل و الحرث و اسـتخدام الخادم المشترک فيجوز و ان كان المراد قضـيه المهايأه فهى لا تتحقق الا مع التراضى أو الخصومه كما سيأتى و على فرضها

فلتكن فى المقامين و لتطرد فى جميع الأمثله المذكوره فما وجه التفصيل بغير دليل.

و مثلها ماده (۱۰۸۱) السكنى فى الدار لا تختلف،،،

فان سكنى كل واحد منهما سته أشهر- ان كان مهايأه فهى موقوفه على التراضى أو الخصومه و هو خلاف ظاهر الفرض و هو غياب أحد الشريكين و ان لم يكن مهاياه و تراضى فكل منهما فعل حراما بتصرفه بدون رضا شريكه و عليه الأجره قليله كانت العائله أو كثيره غائبا كان أحدهما أو حاضر أنعم فى غيبه أحد الشركاء و عدم وكيل له و عدم التمكن من استيذانه أو امتناعه من الاذن يراجع حاكم الشرع لصحه تصرف الباقين حسب ما يراه.

اما- ماده (۱۰۸۲) لا يجوز للحاضر ان يسكن فى حصه الغائب المشتركه إذا كانت الحصص مفرزه،،،

فهى خروج عن موضوع الشركه إذ لا شركه بعد الافراز فذكرها هنا فضله مستدرك، و كذا ماده «۱۰۸۳» المهايأه إنما تجرى و تعتبر بعد الخصومه فإذا سكن، الى آخرها،، فهى أيضا مختله بألفاظها و معانيها، و تراكيبها و مبانيها، أما (أولا) فالمهاياه كما تجرى فى صوره الخصومه تجرى فى صوره التراضى (ثانيا) لا وجه للحكم بأنه لا يسوغ له ان يطالبه بالأجره عن المده «ثالثا» لا وجه للتفصيل بين صوره الحضور و الغيبه غايته انه مع الغيبه المنقطعه التى يتعذر أو يتعسر مراجعه الشريک فيها يراجع حاكم الشرع كما سبق، و حيث عرفت ان

أكثر مواد هذا الفصل مختله، و تراكيبها كمبانيها منحله، فالأولى إعطاء الضابطه الكليه و الفذلكه التى يعلم منها حال سائر الفروع و الفروض فنقول انك قد عرفت انه ليس لأحد الشركاء ان يتصرف بالمال المشترك بدون اذن الآخرين بأى تصرف كان فان تصرف بغير اذن منه أو من وكيله أو من حاكم الشرع فان كان التصرف فعلا من الافعال فهو حرام و لزمته الأجره و الضمان لو تلفت العين الا على قول من يقول بأن الأجر و الضمان لا يجتمعان و لكن يظهر من المجله فى الماده المتقدمه «۱۰۷۵» لزوم الضمان فيما لو أعار البرذون أو آجره و تلف مع لزوم الأجره للشريك لو حمله بدون اذن و إذا زرع أحد الشركاء الأرض المشتركه بدون اذن الباقين كان الزرع له على ما سبق مكررا من ان الزرع لصاحب البذر و عليه الأجره لأرباب الأرض فيدفع للشركاء اجره حصصهم منها و ما ذكروه فى ماده «۱۰۸۵» فهو على طول بيانه و قصور تعبيره يرجع الى مهاياه قهريه بين الغائب و الحاضر أو النصف و النصف الآخر من غير تراض و لا خصومه، نعم لو رجع الى الحاكم مع تعذر استيذان الشريك و أجاز له ذلك صح و لا ضمان عليه حينئذ مع فرض التلف نعم أجره حصه الشريك لا بد منها،،، هذا كله إذا كان التصرف فعلا من الافعال كسكنى الدار أو لبس الثوب و نحوها، اما لو كان قولا كما لو باع أو آجر الجميع أو حصه الشريك وحدها فهو فضولى موقوف على الإجازه و لا يجوز ان يسلم العين و لو سلمها ضمن و صار تصرفا فعليا مع التصرف القولى كما انه لو استلم

الثمن كان امانه بيده لدافعه يجرى عليه حكم الأمانات المالكيه، هذا كل ما ينبغى أو يجب ان يقال فى هذا الموضوع و عليك بتطبيق كل فرع على هذا الأصل، و منه يتضح حال بقيه المواد المذكوره فى هذا الفصل و ما فيها من صحه و فساد، نعم ماده (۱۰۸۹) بعض الورثه إذا بذر الحبوب المشتركه بإذن الباقين الكبار أو وصى الصغار فى الأراضى الموروثه تصير جمله الحاصلات مشتركه بينهم و لو بذر أحدهم حبوب نفسه بالحاصلات له خاصه لكن يكون ضامنا لبقيه الورثه حصه نقصان الأرض على زراعته.

و ان كانت تطابق ما ذكرنا من ان الزرع لأرباب البذر و لكن الضمان ليس لنقصان الأرض فقط بل يضمن أجره الأرض أيضا و ماده «۱۰۹۰» إذا أخذ أحد الورثه مبلغا من التركه و اتجر به قبل القسمه و خسر يكون الخسران عليه كما إذا ربح لا يسوغ لبقيه الورثه طلب حصته منه- واضحه الضعف فان هذا الحكم لا يختص بأحد الورثه بل كل من اتجر بمال غيره فان خسر فالخسران عليه قطعا ان لم يكن مأذونا لأنه بحكم الغاصب إذ هو و ان ربح فهو نوع من الفضولى فإن أجاز الشريك كان له ربح حصته و الا كان له رأس ماله و قد مر قريبا فى ماده «۱۰۷۳» ان الحاصلات تقسم بين أصحابها على قدر حصصهم.

(تتمه) إطلاق الشركه يتصرف إلى الإشاعه

أى الإشاعه الكسريه من

الکسور التسعه النصف و الثلث و الربع الی آخرها. و قد تستعمل الشرکه فی أنواع أخری «منها» الشرکه علی نحو الکلی فی المعین کصاع من صبره و أرطال معینه من ثمره هذا النخل «و منها» شرکه مستحقی الزکاه و الخمس فی النصاب «و منها» شرکه الموقوف علیهم فی غله الوقف «و منها» شرکه المسلمین فی الأراضی الخراجیه، و لکل واحد من هذه الأنواع احکام تخصها مذکوره فی محالها.

«الفصل الثالث» فی (بیان الدیون المشترکه)

اشاره

الشرکه فی الدین مثل الشرکه فی العین فی أکثر الاحکام و الأسباب فلا یکون الدین مشترکا الا بسبب یوجب الشرکه و قد تقدم بیان الأسباب الموجبه للاشتراک فی العین فمن استدان عینا مشترکه صار الدین الذی فی ذمته مشترکا بین أربابها کما ان المیت لو مات و فی ترکته أعیان یشترکون الورثه فی ملک تلک الأعیان کل علی حسب نصیبه من الإرث کذلک لو کان له دیون فإنها تکون مشترکه بینهم علی حسب حصصهم، و هذا هو السبب الغالب لحصول الشرکه فی العین و الدین اما مثل المزج و الحیازه و الاتهاب فلا یجری شی ء منها

فی الـدین إلا الهبه ان صـححنا هبه الـدین و لکن إذا وقعت الشـرکه فی العین ثم استقرضـها آخر أو ابتاعها فی الذمه صار الدین مشترکـا و کمـا ان العین المشترکه لا یجوز لأحـد الشـرکاء التصـرف فیها بـدون اذن الباقین کـذلک الـدین المشترک فلو قبض أحـدهم الـدین کلا أو بعضا بغیر إذنهم کان فضولیا و مضـمونا علیه و یتخیر الشـریک الآخر بین أخـذ حصـته منه أو الرجوع بها علی المـدین و لاـ یختص أحـدهم بما یقبضه بل هو مشترک بینهم علی الحصـص حتی ان الشـرکاء لو أجازوا لواحـد ان یقبض حصـته فقط فقبضـها شارکه الباقون فیها لان الـدین لا یقسم کما سـیأتی ان شاء اللّه،، فالمقبوض من الـدین للجمیع و التالف منه علی الجمیع، نعم لو وقع الصـلح بینهم علی ان تکون حصـته من دین فلان بحصته من الدین الآخر فیختص کل واحد منهم بدین شخص کان مـدینا للجمیع فیعود مـدینا لواحـد صح ذلک و صار مثل بیع الدین علی أجنبی، و جل ما ذکروا فی هذا الفصل من المواد و کلهـا تنـدرج فی هـذه الجمله التی ذکرناهـا، و ظهر من جمیع ذلک ان کل واحـد من الشـرکاء فی المال المشترک حر مطلق العنان فی ملکیته من جهه و مقید مربوط بغیره من جهه أخری، مثلا إذا أراد ان یتصـرف بحصـته المشاعه علی إشاعتها من دون ان یمس العین بتصـرف کـان حرا فی ذلـک و لاـ یتوقف علی مراجعه شـریکه أو استیـذانه فلو باعها أو اشتری بها أو وقفها صح بقول مطلق لکن لا یدفع العین إلی المشتری و لا یسـلطه علی حصـته إلا بإذن الشـریک فالبیع غیر موقوف و لکن التسـلیم و الإقباض موقوف

و هکذا، ثم لا بأس بإبداء بعض الملاحظات على بعض مواد هذا الفصل.

ماده «۱۱۰۰» و ان کان الدین مشترکا فکل واحد من الدائنین له طلب حصته من المدیون

و فی غیبه أحد الدائنین عند مراجعه الدائن الآخر الحاکم یأمر الحاکم بأداء حصته.

المتعین جعل هذه الماده مع التی بعدها ماده واحده دفعا لإیهام التدافع فیقال: إذا کان الدین مشترکا فلکل واحد من الشرکاء ان یطالب المدیون بحصته فان دفعها أو دفع منها لم یجز ان یختص بما قبض بل المقبوض له و لشریکه و الباقی لهما أیضا و ان امتنع المدیون لغیبه الشریک الآخر راجع الدائن الحاضر الحاکم فان قبضها بامره اختص بها لأن أمر الحاکم یقوم مقام القسمه و الافراز «و ان کان الدین لا یقسم» کما سیأتی و هذا یغنی عن ماده «۱۱۰۲» فإنها تکرار أو توضیح لا حاجه إلیه.

ماده (۱۱۰۳) أحد الشریکین إذا اشترى بحصته متاعا من المدیون و لم یقبض منه شیئا فلا یکون الدائن الآخر شریکا فی ذلک المتاع

لکن له ان یضمنه حصته من ثمن ذلک المتاع و ان اتفقا على ان یکون المتاع مشترکا کان کذلک.

عرفت قریبا ان لکل واحد من الشرکاء ان یبیع حصته أو یشتری بها أو یصالح علیها و تکون تصرفاته من هذا القبیل نافذه لازمه من دون حاجه الى إذن شرکائه نعم لیس له ان یدفع العین و یسلط المشتری علیها إلا بإذنهم، و علیه فالمتاع الذی اشتراه یکون مختصا به

و لا حق للشريک فيه و ليس له الرجوع على الشريک کما نصت عليه المجله بقولها (فلا يکون الدائن الآخر شريکا فى المتاع) و لكن لا مجال لقولها متصلا به: و لكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلک المتاع،،، بل هو أشبه بالتهافت، نعم يصح هذا فيما لو قبض الحصه ثم اشترى بها لما عرفت من ان المقبوض مشترک لا يختص به القابض فلو اشترى به متاعا كان فضوليا بالنسبه إلى حصه شريکه ان شاء أجاز القبض و الشراء و كان شريكا فى المتاع کما هو شريک فى باقى الدين و الا فله الرجوع على شريکه بحصته من الثمن أو على المديون بها، هكذا ينبغى تحرير المباحث و تنقيح المسائل و منه تعرف الخلل أيضا فى ماده «۱۱۰۴» إذا صالح أحد الشريكين فى الدين المشترک المديون على حقه منه على أثواب بز و قبضها فهو مخير ان شاء اعطى شريکه مقدار ما أصاب حصته من الأثواب و ان شاء أعطاه حصته من الحق الذى تركه.

فان التخيير للشريک الآخر بين الإجازه و بين الرد لا للشريک الذى صالح على أثواب البز کما نصت عليه ماده (۱۱۰۵) و هذا أيضا فى صوره القبض اما مع عدم القبض و وقوع الصلح أو البيع بما فى ذمه المديون من حصه الشريک فكل هذا ساقط و لا حق للشريک الآخر فيما إذا أخذه شريكه بوجه من الوجوه کما سيأتى أيضا توضيحه فتدبره و لا يشتبه عليک الأمر، و بهذا يتبين لک ان الحق فى ماده (۱۱۰۵) هو التفصيل فان الشريک إذا قبض تمام الدين المشترک أو بعضه ثم اشترى به متاعا فالشريک الآخر الدائن مخير كما فى المجله ان شاء

أجاز معامله شريكه و يأخذ حصته منه كما سبق و ان شاء رد و يطلب حصته من المديون، اما لو اشترى بحصته من الدين قبل قبضه لا كلا و لا بعضا فلا حق للدائن الآخر على شريكه بل يرجع على المديون بحصته، اما قول المجله: و ان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض- فلا اعرف لهلاك الدين و هو كلى فى الذمه- معنى محصلا- نعم لو أفلس المديون أو تعذر تحصيل الدين منه لم يختلف الحكم يعنى ان اشترى بحصته فى الذمه لم يكن للشريک حق و ان قبض و اشترى كان له الرجوع عليه اى على شريكه و عدم إجازته أولا- لا يمنع من رجوعه أخيرا نعم يشكل لو كان قد سبق منه الرد فان الرجوع لا يبقى له محل و لا موضع للإجازه فليتدبر.

ماده (۱۱۰۶) أحد الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترک الذى قد عرفت انه لا يختص به

بل هى له و لشريكه على النسبه و حينئذ لو تلفت فى يده بغير تعد فان كان القبض بإذن الشريک فالتلف عليهما و الباقى لهما و إن كان بدون اذن أو مع التعدى كان التلف عليه فقط و الباقى عند المديون يكون لشريكه و هذا هو البيان الصحيح هنا لا ما ذكرته المجله فان ذكر الضمان لا محل له أصلا و قيد بدون تعد منه- لغو- إذ لا ضمان عليه مطلقا مع التعدى و بدونه، نعم يختلف الحكم مع الاذن و عدم التعدى فيشتركان فى التالف كما يشتركان فى الباقى اما مع عدم الاذن فيختص التلف مطلقا بالقابض و الباقى للشريک الآخر فافهم جيدا و اعرف الفرق بين هذا و بين ما ذكرته «المجله»:

ماده «١١٠٧» إذا استأجر أحد الشركاء المديون بمقابل حصته من الدين المشترك فللآخر ان يضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجره.

كلا- لاحق للشريك الآخر هنا و لا ضمان و لا رجوع نعم لو قبض الدين و استأجر فللآخر الإجازه أو الرد و لكل واحده حكمها و بهذا الملاك يظهر الخلل فى ماده «١١٠٨» أحد الشريكين الدائنين إذا أخذ رهنا عن حصته و تلف فى يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما أصاب حصته الى الآخر.

فان أحد الدائنين إذا أخذ على حصته الكليه رهنا فهو مختص به كما لو اشترى بها شيئا حسب ما عرفت من بياناتنا السابقه فلو تلف الرهن تلفا ضمانيا سقطت حصته المقابله للرهن فقط و يبقى الباقى الذى فى ذمه المديون للدائن الآخر فقط كما لو أبرأه أحدهما أو وهبه المنصوص عليه فى ماده «١١١٠» إذا وهب أحد الدائنين المديون حصته ..

و لا يكون ضامنا حصه شريكه.

و كذا لو أخذ كفيلا على حصته فإنه كالرهن و الهبه و الاسقاط يختص بها نعم لو احاله بحصته اشتركا لأن الحواله نوع من الأداء فما فى ماده «١١٠٩» من طردهما على نسق واحد غير سديد فتدبره.

و كذا لا فرق بين الصورتين فى ماده «١١١١» إذا أتلف أحد الدائنين مال المديون و تقاصا بحصته ضمانا- الى آخرها ففى كلا

الصورتين يصير الدائن مشغول الذمه بقيمه ما أتلفه فيقع التقاص و التهاتر و يبقى الباقى فى ذمه المديون للشريك و هو الدائن الآخر و التفصيل بينهما لا وجه له أصلا فتدبره.

ماده «۱۱۱۲» ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين و لكن له ان يؤجل خصوص حصته فقط و لا يتوقف على اذن الآخر،،،

و الاشتباه و الخلط الواقع فى هذه الفروع المندرجه فى هذه المواد من المجله كله ناشئ من الغفله عن الضابطه التى ذكرناها صدر كتاب الشركه و هى ان كل تصرف يتعلق بالحصه من حيث هى و على كليتها فى الذمه أو فى العين فهو صحيح نافذ لا يتوقف على اذن الشركاء الباقين اما لو وقع على العين الخارجيه أو الحصه المقبوضه من كلى الدين فهو موقوف على اذن الجميع فاغتنمه و تدبره.

(لاحقه) «۱۱۱۳» إذا باع واحد مالا الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حده

ما لم يكن أحد المشتركين كفيلا للآخر لا يطالب بدينه هذا واضح كوضوح العكس و هو ما لو باع اثنان مالهما لواحد فان اللازم ان يدفع لكل واحد حقه و لا يجوز لأحدهما المطالبه بكل المال الا ان يكون وكيلا عن الآخر.

الباب الثانی فی (بیان القسمه

اشاره

و یشتمل علی تسعه فصول)

الفصل الأول فی (تعریف القسمه و تقسیمها)

ماده (۱۱۱۴) القسمه هی تعیین الحصه الشائعه بعضها عن بعض کالذراع و الوزن و الکیل.

لما کانت القسمه هی ضد الإشاعه و رفعها و الأشیاء تعرف بأضدادها و کانت الإشاعه عباره عن اجتماع الحقوق فالقسمه إذا إفرازها و تفریقها، اما تعریفها کما فی «المجله» بتعیین الحصه الشائعه ففیه من التسامح ما لا یخفی، و علی کل فان التعبیرات هنا بأجمعها لا تخلو من قصور و ینکشف هذا الغموض بما ذکرناه من ان حقیقه الإشاعه هی اجتماع

الملاک علی ملکیه شی ء واحد فهو نحو ضعیف من الملکیه، و علیه فالقسمه هی تبدیل ملکیه ضعیفه لکل واحد من الشرکاء فی العین بملکیه قویه لکل واحد فی بعضها، هذه هی الحقیقه الصمیمه و بما شئت فعبر عنها.

ثم ان المقیاس لا یختص بالذراع أو الوزن أو الکیل بل یحصل بالعد أو المشاهده أو غیر ذلک حسب الأوضاع و الأطوار الزمنیه.

ماده «۱۱۱۵» القسمه تکون علی وجهین اما جمع الحصص الشائعه فی کل فرد ..

الی آخرها هذا التقسیم للقسمه غیر واف و لا مستبین (و تحریر البحث) ان القسمه من حیث المال المقسوم و المقسوم علیهم أو باعتبارات اخری تنقسم إلی أقسام. فمن الحیثیه الأولی، نقول ان المال المقسوم اما ان یکون عینا واحده أو أعیانا متعدده من جنس واحد أو أجناس مختلفه و علی کل التقادیر فاما ان یمکن قسمته علی الحصص قسمه متساویه أم لا و علی الثانی اما ان تتعذر القسمه مطلقا أو تمکن مع الرد فان کان متعددا و أمکن القسمه علی نسبه الحصص فهی التی تسمیها المجله قسمه الجمع کثلاثین شاه مشترکه فإن کانت لثلاثین أو خمسه عشر أو عشره فهی صحیحه و ان کانت لثلاثه عشر أو تسعه فهی کسریه، و ان کان المقسوم واحدا و أمکن قسمته أجزاء بحسب الحصص أیضا فهی قسمه التفریق ای تفریق الواحد الی أجزاء، و هو ظاهر فی أکثر المثلیات من المکیل و الموزون أو کلها کما سیأتی، و ان لم یمکن تقسیمه

أجزاء متساويه بنسبه الحصص فإن أمكن قسمته متفاوتا مع الرد و الجبران فهى القسمه الرديه و الا فلا قسمه بل ترفع القضيه مع التشاح الى الحاكم فيلزمهما اما بيع حصه أحدهما على الآخر أو على أجنبى و يقسم الثمن و هذا لعله هو الذى يطلق عليه اليوم (ازاله الشيوع) و اما من حيث المقسوم عليهم فاما ان يتفقا على القسمه أو يتشاحا فان اتفقا فهى قسمه تراضى اختياريه و ان تشاحا و رجعا الى الحاكم فالزم بها فهى جبريه و هى التى تعبر عنها المجله بقسمه القضاء و السابقه بقسمه الرضا كما فى ماده (۱۱۲۰) و (۱۱۲۱) و (۱۱۲۲) و ان تشاحا بعد القسمه على الحصص فالقرعه، هذا مجمل ما ينبغى ان يقال فى جمهره أقسام القسمه و منه يتضح ماده (۱۱۱۶) و القسمه من جهه أفراز و من جهه مبادله و هذا التنويع يبتنى على ما هو المشهور عند الفقهاء هى ان كل جزء يفرض فجزؤه لأحد الشريكين و الآخر للآخر اما على ما اخترناه من ان معناها اجتماع مالكين على الشى ء الواحد فهى مبادله بين الملكيتين.

فقط و لا إفراز فى البين فتدبره جيدا.

ماده (۱۱۱۷) جهه الإفراز فى المثليات راجحه

بناء عليه كل واحد من الشريكين فى المثليات له أخذ حصته فى غيبه الآخر بدون اذنه كلا- لا يجوز عندنا تصرف أحد الشريكين بدون اذن الآخر مطلقا غائبا كان الآخر أو حاضرا قسمه كان التصرف أو غيرها فاما هو أو الحاكم و بدون أحدهما لا يجوز القسمه و لا غيرها،،، و لو تلفت حصه الغائب قبل التسليم تكون الحصه التى قبضها شريكه مشتركه بينهما

بل و التالفه مضمونه يعنى يضمن للغائب حصته منها:

ماده (۱۱۱۸) جهه المبادله فى القيميات راجحه إلى آخرها

يعنى بالمثليات ما تتساوى أجزاؤه بالقيمه على النسبه مثلا- حقه القمح بأربعه دراهم فالوقيه بدرهم اما القيميات فلا تتساوى اجزاؤها بالقيمه فإن مثقال الألماس مثلا بمائه دينار و لكن بعه بعشره لا بخمسه و عشرين و يريدون ان المثليات اى المتساويه يأخذ الشريك منها نصيبه و لو بدون اذن الآخرين و اما غير المتساويه اى القيميات فلا يجوز و قد عرفت عدم الجواز فى الجميع

ماده «۱۱۱۹» المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربه كالجوز و البيض كلها مثليات الى آخرها.

هذه الضوابط للمثليات و القيميات غير مطرده و ليس كل المكيلات و الموزونات مثليات و لا كل الذرعيات قيميات فان أنواع الحلى و المصاغ كلها موزونه مع أنها قيميه و الحبال و الامراس ذرعيه مع ان أكثرها مثليه فالأولى الرجوع فى كل مورد بخصوصه الى العرف و نظر الحاكم و اجتهاده الخاص فى الموضوع.

الفصل الثانی فی (بیان شرائط القسمه)

ماده (۱۱۲۳) کون المقسوم عینا شرط فلا یصح تقسیم الدین المشترک الی الآخر.

تقسیم الدین له صورتان إحداهما ما ذکر فی هذه الماده من اتفاق الورثه علی ان یکون دین مورثهم علی الأشخاص المتعددین موزعا علیهم کل واحد لواحد منهم «الثانیه» ان یقتسموا الدین الواحد فیکون القسط الأول لواحد و الثانی لآخر و هکذا، و تقسیم الدین بهاتین الصورتین باطل. و ما یقبضه أحدهم کلا- أو بعضا یکون مشترکا بین الجمیع المقبوض هم و الهالک علیهم و الاخبار المعتبره عندنا بهذا متوفره

ماده (۱۱۲۴) لا تصح القسمه إلا بإفراز الحصص و تمییزها

فلو قال أحد أصحاب الصبره المشترکه من الحنطه خذ أنت ذلک الطرف و هذا الطرف لی لا یکون قسمه.

حق هذا ان یقال ان شرط صحه القسمه معلومیه الحصص فلو کانت مجهوله بطلت، و تختلف الجهاله و المعلومیه باختلاف الأجناس فمعلومیه المکیل و الموزون بکیله و وزنه و معلومیه الأرضین بمساحتها و ذرعها

و هكذا و قد تكفى المشاهده فى جمله أشياء كما تكفى فى البيع.

و جمهره شروط صحه القسمه أمور «۱» الملكيه أى ملكيه كل واحد من الشركاء فلو ظهر كون المقسوم كلا أو بعضا مستحقا للغير بطلت فى جمله من الصور كما سيأتى قريبا و كذا لو ظهر وقفا فان الوقف لا يقسم نعم يقسم و يفرز عن الملك الطلق لو كان مشتركا معه (۲) المعلوميه فى الحصص فلو كانت مجهوله أو بعضها بطلت (۳) تعديل الحصص يعنى التساوى و عدم الغبن فلو تبين الغبن فيها على بعض الشركاء بطلت (۴) الرضا من الشركاء أو حكم الحاكم أو الوصى أو الولى «۵» الطلب فى قسمه القضاء من بعض الشركاء «۶» قابليه المال المشترك للقسمه بحيث لا تفوت المنفعه المهمه من كل واحد من الحصص بذاته بعد القسمه «۷» كون المقسوم عينا خارجيه لا دينا و لا حقا.

هذه خلاصه ما أشارت إليه «المجله» من الشروط فى هذا الفصل

اما (ماده: ۱۱۲۵) شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمه فإذا ظهر مستحق للمقسوم الى آخرها.

فخلاصه ما تتضمنه بيان الصور لظهور المستحق و هى محتاجه جدا الى التحرير فإنها من شكاسه التعبير بمكان، و إليك البيان، (۱) ان يظهر المقسوم مستحقا للغير بتمامه و البطلان هنا لا يحتاج الى تبيان (۲) ان يظهر مستحق لجزء منه مشاع منصف أو ثلث و تبطل هنا أيضا لأن كل حصه من المقسوم فيه حصه للغير فيكون تفريق حقه فى

الحصـص ضـررا عليه اللهم إلاـ إذا رضـی بـذلک فتبقی القسـمه بحالهـا و یکون شـریکا لکل واحـد منهم (۳) إذا ظهر مسـتحق لخصوص حصه معینه من الحصص المقسومه فتبطل القسمه طبعا و تعاد فی الباقی للشرکاء من رأس (۴) ان یظهر مستحق لمقدار معین فی حصه معینه من الحصـص أو الجزء مشـاع فیها و هنا لا تبطل القسـمه بل یتخیر صاحب الحصه المسـتحق فیها بین إمضاء القسـمه و الرجوع علی الشـرکاء بنقصان ما أخذ المسـتحق منه و بین فسخ القسمه و إعادتها من رأس (۵) ان یظهر مستحق لجزء مشاع فی حصه واحد معین و لا تبطل هنا أیضا بل یکون لصاحب الحصه التی فیها الجزء المشاع خیار بین فسخ القسمه و إعادتها و بین البقاء علی الشرکه مع المستحق الجدید و أخذ النقصان من الشرکاء.

«۶» ان یظهر مسـتحق لجزء معین من کلتا الحصتین أو الحصـص مع تساوی حقه فی کل حصه و هنا تبقی القسـمه بحالها و یأخذ المسـتحق حقه من الجمیع (۷) ظهور المسـتحق لجزء معین فی الحصتین أو الحصـص مع عـدم التسـاوی و الحکم هنا أیضا عـدم البطلاـن و یتخیر أرباب الحصـص بین فسـخها و إعادتها من رأس و بین إبقائها و یرجع صاحب الحصه الناقصه علی شـریکه ذی الحصه الزائده.

و من مجموع ما ذکر تتضح جمیع مواد هذا الفصل فتدبرها.

«الفصل الثالث» فی (بیان قسمه الجمیع)

اشاره

عرفت ان مرادهم بقسمه الجمع قسمه الأعیان المتعدده علی الشرکاء المتعددین سواء کانت من جنس واحد کعشرین شاه أو من أجناس متعدده کشیاه و جمال فان کانت متحده جرت فیها قسمه التراضی بلا اشکال بل و قسمه القضاء من الحاکم کما فی ماده «۱۱۳۲»- و کان ینبغی ان یضم إلیها أیضا ماده «۱۱۳۳» فیقال الأعیان المتحده الجنس تجری فیها قسمه القضاء کما تجری قسمه الرضا لعدم التفاوت بین افراد المثلیات المتحده الجنس کعدم الضرر بأحد الشرکاء و یکون کل واحد قد استوفی تمام حقه،،، و لا حاجه الی ذلک التطویل و الإکثار من الأمثله.

ماده (۱۱۳۴) القیمیات المتحده الجنس– الی قولها مثلا خمسمائه شاه مشترکه بین اثنین إذا قسمت نصفین فکأنما أخذ کل واحد منهما عین حقه.

الخدشه فی هذا واضحه فإن القیمیات غالبا تختلف آحاد الجنس الواحد منها أشد الاختلاف و قلما تتساوی افرادها، خذ مثلا الخمسمائه

شاه التی ذکرتها المجله فإنک قد لا تجد فیها شاتین متساویتین من حیث السمن أو الهزال و اللون و الصوف و غیر ذلک فلا بد فی قسمتها من التعدیل و لا یصح قسمتها جزافا عددا لکل واحد مائتین و خمسین من دون توازن بین الجید و الردی و السمین و الهزیل، و یمکن ان یقال ان القاعده الکلیه أو الغالبه ان القسمه فی المثلیات المتحده الجنس قسمه جمع لا تحتاج الی تعدیل و أظهره فی الموزون و المکیل و ما عداها من القیمیات أو المثلیات المختلفه تحتاج الی تعدیل و هذا لازم فی کل قسمه رضائیه أو قضائیه فان التعدیل فی القسمه ضروری الا ان یسقط أحدهم حقه لشرکائه أو لبعضهم فتدبره جیدا و لا یشتبه علیک الأمر کما اشتبه علیهم و مما ذکرنا تتضح بقیه مواد هذا الفصل.

الفصل الرابع ماده (۱۱۳۹) تفریق العین المشترکه و تبعیضها ..

ملاک صحه القسمه هنا أعنی فی الدار و العقار و کافه الأموال الغیر المنقوله عدم حصول الضرر علی أحد الشرکاء بالقسمه و المراد بالضرر هنا عدم إمکان الانتفاع بالحصه انتفاعا معتدا به عند العرف و ان کان فی غیر الجهه الأولی مثلا لو کانت الدار لا تنقسم الی دارین و لکن یمکن ان تکون دکانین فی سوق دائر أو شارع عام فالأقرب صحه الإجبار علی

القسـمه، و عـدم الضـرر كما عرفت معتبر فى كل قسـمه غايته ان المتماثلات المتعدده لا يحصل فى قسـمتها ضـرر غالبا بخلاف القيميات مثل الـدار و العقار فإنها مظنه الضـرر فى الغالب و لذا يلزم فيها الرد للحيران و التعديل فى الأكثر و من هنا يسـتبين لک الخلـل فى ماده (۱۱۴۰) فـإن القسـمه إذا كـانت تضـر بعض الشـركاء و تنفع بعضـهم لاـ يمكن للحاكم ان يجبرهم على القسـمه بصوره مطلقه كما يظهر من هذه الماده بل لا بدّ من تدارک ضـرر الشـريک بالرد و الجيران، و الا كان من القسم الذى لا يمكن قسمته كما فى ماده (۱۱۴۱) إلى آخر هذا الفصل و كلها واضحه.

الفصل الخامس فى (بيان كيفيه القسمه)

ماده (۱۱۴۷) المـال المشترک ان كـان من المكيلاـت فبالكيـل أو من الموزونـات فبالوزن .. يصـير تقسـيمه،، مواد هـذا الفصـل بأجمعها قد ظهرت من الفصول السابقه و انما ذكرتها المجله لمزيد البيان و التوضـيح و ما فيها مسـلم و صـحيح سوى ان الأرض المشغوله بالأشجار و النخيل تلاحظ فى مجموعها القيمه فإنها من القيميات و لا

تمسح الأرض مستقله و تذرع و يقوم ما عليها من الأشجار بل يلحظ المجموع شيئا واحدا.

الفصل السادس فى (بيان الخيارات)

من المعلوم ان القسمه بعد وقوعها جامعه للشرائط المتقدمه تكون لازمه ليس لواحد منهم فسخها الا ان يكون هناك سبب يستدعى جواز الفسخ و فى الحقيقه ان الخيار فى القسمه ليس كالخيار فى البيع يعنى ان لكل من المتبايعين فسخ البيع و ان كان قد وقع صحيحا جامعا للشرائط و الخيار فى القسمه عباره عن ظهور خلل فيها يكشف عن وقوعها فاسده فإن تراضوا بها فمعناه إسقاط حق و الا ـ فلكل منهم طلب نقصها و إعادتها صحيحه و لذا فتسميتها خيار فيه نوع من التسامح و لا يجرى فيها سوى الخيارات العامه كخيار الغبن و الرؤيه و العيب مما يكون مدركه فى الغالب وجوب دفع الضرر أو مظنه الضرر كالجهاله الناشئه من عدم الرؤيه اما شرط الخيار فيها الى أيام محدوده فلا يبعد صحته بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ان قلنا بعموم الشرط و لم نقيده بالعقود و عليه فيصح شرط الخيار فى المثليات و فى غيرها كما يجرى خيار الرؤيه فيها فلا وجه

لما فی ماده (١١٥٥) خیار الشرط و الرؤیه لا یکون فی قسمه المثلیات المتحده الجنس الی آخرها،، لما عرفت من ان عدم رؤیه الحنطه قبل القسمه توجب جهاله المقسوم و الجهاله تبطل القسمه کما عرفت لا فرق فی ذلک بین المثلی و غیره فکما لا یجوز بیع الحنطه المجهوله کذلک لا یجوز قسمتها.

الفصل السابع (فی بیان فسخ الإقاله)

سبق قریبا ان القسمه إذا وقعت جامعه للشروط تکون لازمه لیس لأحد الشرکاء نقضها و لکن إذا اتفقوا علی النقض کان لهم ذلک لأنها حق لهم فقولهم «ماده ١١٥٧» بعد تمام القسمه لا یسوغ الرجوع یعنی لأحدهم لا لجمیعهم و کذا فی ماده «١١٥٨» فی أثناء القسمه إذا خرجت قرعه الأکثر و بقی واحد فأراد أحد أصحاب الحصص الرجوع ینظر ان کانت قسمه رضا فله الرجوع و ان کانت قسمه قضا فلا رجوع.

فإنهم إذا اتفقوا علی الرجوع بعد القسمه أو فی أثنائها کان لهم ذلک کما صرحت به ماده «١١٥٩».

اما إذا تبین الغبن الفاحش کما فی ماده (١١٦٠) فکما لهم فسخها

لهم إبقاؤها و تدارک ضرر المغبون و لا یتعین الفسخ کما یظهر من عباره المجله و کذا فی قضیه ظهور الدین کما فی ماده «۱۱۶۱».

الفصل الثامن (فی بیان أحکام القسمه)

ماده (۱۱۶۲) کل واحد من أصحاب الحصص یملک حصته مستقلا بعد القسمه لا علاقه لواحد فی حصه الآخر بعد و کل واحد یتصرف فی حصته کیف شاء علی الوجه الآتی.

یعنی حیث لا یکون لأحدهما حق فی حصه الآخر من حق مرور أو أعلی و أسفل أو غیر ذلک و هذا أمر طبیعی للقسمه و ذکره مزید توضیح نعم ما ذکره فی ماده (۱۱۶۳) من دخول الأشجار فی قسمه الأراضی مع عدم ذکرها محل نظر أو منع الا ان تکون هناک قرینه حال أو مقال علی اراده دخولها فی الحصه و لا فرق فی هذا بین الأشجار و بین الزرع و الفاکهه و کون هذه معرضا للزوال و الانتقال بخلاف الأشجار و الآصال لا یجدی إلا إذا کان هذا المعنی ملحوظا للمتقاسمین و مع الإطلاق و عدم الذکر و عدم القرینه المعینه الرافعه للخصومه تکون القسمه فاسده فهذه الماده و التی بعدها غیر سدیده و ذکر التعبیر العام حین القسمه لا یجدی إلا إذا رفع الإبهام و منه یعلم حال

حق الطريق و المسيل و سائر الجهات و المتعلقات و بقيه مواد هذا الفصل صحيحه سالمه من الاشكال.

الفصل التاسع «فی بيان المهايأه»

ماده «۱۱۷۴» المهايأه عباره عن قسمه المنافع.

حقيقه المهايأه اتفاق الشريكين أو الشركاء على توزيع المنفعه بينهم على حسب حصصهم فی العين و هی معامله جائزه لكل واحد فسخها متی شاء و ليست هی قسمه حقيقيه فإنها لا تصح إلا فی العين لا فی الدين و لا فی المنافع و حيث انها اتفاق و تراض فتصح فی المثليات كبعض الثياب و الافرشه مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه و فی القيميات كالدور و الدواب و نحوها فلا وجه لما فی ماده (۱۱۷۵) المهايأه لا تجری فی المثليات بل فی القيميات ليكون الانتفاع بها ممكنا حال بقاء عينها.

ماده (۱۱۷۶) المهايأه نوعان الی آخره.

يظهر منها ان المهايأه فی المكان فی قبال المهايأه فی الزمان مع ان المهايأه فی المكان يلزم ضبطها بالزمان رفعا للجهاله و لكن بناء على ما ذكرنا من انها معامله جائزه لكل منهم فسخها متی شاء فالجهاله زمانا لا تضر فلو قال أحدهما للآخر اسكن هذه الدار مده و انا اسكن فی تلك مده جاز و ان

لم يعينـا المـده نعم تعيين الموضوع من دار أو دابه أو غيرهـا لا- بـد منه طبعـا و منه يظهر مـا فى هـذه المواد من خلـل اعنى ماده (۱۱۷۸)- و مـاده (۱۱۷۹) فـان المهايـأه بقسـميها لا- يلزم فيهـا تعيين الزمـان نعم لا- بـد من تعيين المكان اما البـدء فلو تشاحا فيه اسـتخرجاه بـالقرعه و كـذا لو تشاحـا فى المكـان كمـا لو أراد كـل منهمـا الـدار المخصوصه أو الغرفه المعينه و لكن الأصـح ان المهايأه لا تأتى مع التشاح أصـلا بل قوامها و ملاكها الاتفاق و التراضـى فإذا تشاحا فى جهه من جهاتها و شأن من شؤنها امتنعت و ليس للحـاكم ان يجبر عليهـا و لا- معنى أصـلا للجبر على المهايأه و لا دليل عليه و انما يصـح الجبر على قسـمه العين فقط عند التشـاح و فى ظروف مخصوصه و بهـذا ظهر المنع و الخـدشه فى ماده «۱۱۸۱» و لا- فرق فى ذلـك بين متفقه المنفعه و مختلفتها فتدبره.

و من هنا يظهر الوهن فى ماده (۱۱۸۲) أيضا فان الحق ان أحدهما إذا امتنع عن المهايأه و طلبها الآخر لا يجبر عليها الممتنع لأنها قائمه بالرضا و الاتفاق نعم يجبر على القسـمه إذا كان المحل قابلا اما فى المحل الغير القابل مع التشاح فيجبرهما الحاكم اما على المبـايعه أو البيع على ثـالث و لا- حق له فى جبرهما على المهايأه فلا وجه لما فى ماده (۱۱۸۳) إذا طلب المهايأه أحد الشـريكين فيما لا يقبل القسـمه و امتنع الآخر يجبر على المهايأه، و لو كانت المهايأه لازمه و يصـح الجبر عليها من الحاكم لم يكن وجه لما فى ماده (۱۱۸۴) كل ما ينتفع العامه بأجرته من العقارات المشتركه كالسفينه و الطاحون- الى قولها: لكن إذا زادت غلتها

أی أجرتها فی نوبه أحدهم تقسم تلك الزیاده بین أصحاب الحصص،،، فإن زیاده المنفعه حینئذ تكون من نصیبه قضاء للزوم المهایأه فرجوعها إلی أصحاب الحصص دلیل علی ان الشركه حتی فی المنافع باقیه علی حالها و لیس إلا الإباحه اما- ماده «۱۱۸۵» من جواز ان یوجرها لغیره فالأصح انه انما یصح إیجارها إذا رضی الشركاء بذلك و الا فهو ممنوع و لا یجوز له ذلك.

ماده «۱۱۸۶» بعد ان حصلت المهایأه علی استیفاء المنافع بدء الی آخرها،،،

حاصل هذه الماده المستطیله ان المهایأه إذا حصلت علی استیفاء المنافع و كانت غله أحد الشركاء فی نوبته أكثر فلیس للباقین مشاركته بالزیاده اما إذا كانت علی الاستغلال من أول الأمر و كانت غله احدی الدارین مثلا أكثر لم یشاركه الآخر فی الزیاده.

و الظاهر ان هذا الحكم تحكم صرف و لا یكاد یظهر وجه صحیح للفرق بین الصورتین و الحق المشاركه فیهما مع الإطلاق اما مع الشرط فهو المتبع ان قلنا بلزوم مثل هذه الشروط الابتدائیه أی التی لا تقع ضمن العقود اللازمه نعم للشركاء ان یسقطوا حقهم من الزیاده و هذا أمر آخر لا دخل له بالمهایاه فتدبره جیدا.

ماده (۱۱۸۷) لا تجوز المهایأه علی الأعیان فلا تصح المهایأه علی ثمره الأشجار المشتركه و لا علی لبن الحیوانات و صوفها إلخ،،،

بعد ما عرفت ان حقیقه المهایأه الاتفاق و الرضا من الشركاء

على توزيع المنـافع و إبـاحه كل منهم للآخر منفعه حصـته على التبادل- يتضـح لك انه لا مانع من المهايأه فى الأمثله المـذكوره اجمع و هى و ان كـانت أعيانـا و لكنهـا فى نظر العرف منـافع فـإن منفعه الشـجره ثمرتهـا و منفعه الشاه صوفها و لبنها و حليبها و هكـذا، و لـذا جـازت إجـاره الشـاه و الشـجره باعتبـار تلـك المنـافع و كـذا تجوز العـاريه فيها مع ان الإجاره و العاريه لا يتعلقان بالأعيـان إلا باعتبار منافعها كما مر موضـحا فى كتاب الإجاره و العاريه- إذا لا مانع من المهايأه فى الشـجره المشتركه بأن يكون سنه لهـذا و سـنه للآخر و هكذا الزرع و البقره و الشاه غايته انها لو لم تثمر فى السـنه الثانيه يرجع على الشـريك فيما اسـتوفاه لما عرفت من انها جائزه و إباحه مقيده بإباحه ما يقابلها من المنفعه فهى تشبه المعاوضه بل هى فى الحقيقه معاوضه ارتكازيه فإذا لم يسلـم العوض لأحـدهما عـادت الشـركه إلى حالهـا و لم يكن هنـاك تمليـك حتى يقال انه قـد ملكه حصـته من المنفعه فلا وجه للرجوع عليه بل هى إباحه بإباحه و لكنها مقيده مشروطه ضمنا فتدبره جيدا فإنه ثمين.

ماده (۱۱۸۸) و ان جاز فسخ المهايأه الحاصله بالتراضى لأحد الشريكين

لكن إذا آجر أحدهما فى نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأه ما لم تنقص مده التواجر.

عرفت ان الشـريك ليس له الإجاره فى المهايأه المطلقه بل هى منصرفه إلى الانتفاع مباشره نعم لو أجاز له صريحا ان يؤجر صح و الفرض ان المهايأه معامله جائزه فهل له بعد الإجاره ان يرجع جريا

على حكم المهايأه أم ليس له ذلک لان الإجاره عقد لازم و قد وقعت باذنه وجهان و أوجه منهما الجمع بين الأمرين فيقال ان له فسخ المهايأه و تبقى الإجاره للأجنبى على حالها لأنها وقعت برضا الشريكين و تكون الأجره فى المده الباقيه لهما معا.

ماده (۱۱۸۹) و ان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأه الجاريه بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضى.

عرفت ان المهايأه لا مجال لدخول الحاكم و حكمه فيها و لكل واحد منهم فسخها متى شاء فضلا عن اتفاقهم، و منه يعلم الخلل فى ماده (۱۱۹۰) و ماده (۱۱۹۱) فإن لكل واحد من الشركاء فسخ المهايأه سواء أراد بيع حصته أو أراد ان يعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب و الحاكم معزول هنا بتاتا، كما انها يموت أحد الشركاء تبطل قطعا و (القصارى) ان أصحاب [المجله] يرون أن المهايأه كالقسمه لازمه أو كعقد لازم كما يشعر به تعريفهم لها بأنها قسمه المنافع و لكنها دعوى لا تستند على دليل و ليست هى من القسمه فى شى ء و ان أشبهتها فى بعض الشى ء فخذها حقيقه ناصعه و لا تتوهم كما توهموا و للّه المنه و منه التوفيق.

الباب الثالث فی (بیان المسائل المتعلقه بالحیطان و الجیران

اشاره

و یشتمل علی) (أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان بعض قواعد فی أحکام الاملاک)

ماده (۱۱۹۲) کل واحد یتصرف فی ملکه کیف شاء

لکن إذا تعلق به حق الغیر یمنع المالک من تصرفه علی وجه الاستقلال- الی قولها فلیس لأحدهما أن یفعل شیئا مضرا إلا بإذن الآخر و لا ان یهدمه بنفسه.

کل ما فی هذه الماده صحیح و إذا انهدم الفوقانی یشترکان فی عمارته لان منفعته تعود لهما و إذا عمراه یکون ملکا لهما.

ماده (۱۱۹۳) واضحه و قد تقدم حاصلها فی مباحث الشرکه ماده (۱۱۹۴) کل من ملک محلا صار مالکا ما فوقه و ما تحته

أیضا- الی آخرها، یعنی ان من یملک عقارا بوجه مطلق یکون له من تخوم الأرض إلی عنان السماء و له ان یتصرف فی أعلاه و أسفله کیف شاء من حفر بئر فی باطن الأرض أو بناء مناره إلی السماء نعم لا یجوز ان یمتد تصرفه الی فضاء جاره کما فی ماده «۱۱۹۵» من أحدث فی داره بیتا فلیس له ان یبرز رفرفه علی هواء دار جاره.

ماده «۱۱۹۶» من امتدت أغصان شجر بستانه الی دار جاره فللجار ان یکلفه بتفریغ هوائه بالربط أو القطع

لکن إذا ادعی الجار ان ظل الشجره مضر بمزروعات بستانه لا تقطع الشجره،، ان کان المراد ان الجار الذی امتدت أغصان الشجره إلی بستانه یدعی ان ظلها مضر بمزروعاته و اثبت ذلک فالقطع هنا اولی من الصوره الأولی التی أوجبت المجله الربط أو القطع فیها کما هو واضح و ان کان المراد ان صاحب الشجره الممتده إلی الجار یدعی ان قطعها یضر بمزروعاته فالحکم بأنها لا تقطع لا وجه له لان دفع ضرره لا یسوغ له التصرف فی ملک الغیر بغیر حق فهذا الحکم جزافی علی کلا التقدیرین.

الفصل الثانی فی (بیان حق المعاملات الجواریه)

ماده «۱۱۹۸» کـل أحـد له حق التعلی علی حائـط ملکه و بنـاء ما یریـد و لیس لجاره منعه،، «الضابطه العامه» فی تصـرف الإنسان بملکه- ان کل أحد له ان یتصـرف کیف شاء یملکه بشرطین ان لا یکون ملکه متعلق حق للغیر، و ان لا یکون موجبا لضرر الغیر و عـدا ذلک فجمیع تصـرفاته مباحه له، و تقییـد الضـرر بالفاحش لا وجه له بل قاعـده نفی الضـرر الحاکمه علی قاعـده السـلطنه تقتضی منع کل ضرر و إضرار بالغیر غایته ان بعض افراد الضرر لقلته و حقارته لا یعتد به عند العرف و یعد کلا ضرر و تشخیص مصـادیق الضـرر و تمییز المعتـد به من غیره و الفـاحش من غیره موکول الی العرف و أهـل الخبره و لکل حادثه حکمها، و لکل بلد تقالیدها، و لکل زمان أطواره، و لیس لذلک قاعده کلیه مطرده بل یختلف الضـرر باختلاف المکان و الزمان و الأشخاص و البلدان و ما ذکرته «المجله» فی ماده «۱۲۰۰» من أمثله الضرر الذی یجب رفعه مبنی علی

الغالب و الا فقد لا يعد فى بعض القرى أو البلدان مثل تلك الأمور ضررا كما ان ما ذكر فى ماده «۱۲۰۱» من ان منع دخول الشمس و سد الهواء ليس ضررا و ليس فاحشا غير مطرد بل الغالب انه ضرر فاحش بل أفحش لان سد الهواء و منع الشمس يوجب الأمراض المهلكه و الحياه التعيسه كسد الضياء، و ما ذكروه فى ماده (۱۲۰۲) رؤيه المحل الذى هو مقر النساء، كصحن الدار و المطبخ و البئر يعد ضررا فاحشا الى آخره- لا يعد ضررا فضلا عن كونه فاحشا عند كثير من الأمم التى لا تعرف الحجاب و لا تلتزم ببعض التقاليد و الآداب و لا تتحاشى من تطلع جارها على دارها و هكذا،،، و الغرض ان المجله نظرت الى حال الشرقيين بل الى حال البعض منهم و تقاليدهم و عاداتهم و الا فالقضيه غير كليه و إناطتها بنظر الحاكم و أهل الخبره فى كل بلد أو قريه حسب أوضاعهم و خلائقهم و أخلاقهم أصح و أوضح أما- ماده «۱۲۰۷» و ما بعدها الى «۱۲۱۰» فجميعها يبتنى على قاعده «القديم على قدمه» فإذا أحدث رجل دار أو لجاره شبابيك قديمه فليس له سدها لان القديم على قدمه و هكذا فى أمثاله مما يطول تعداده، و اما- ماده «۱۲۱۰» و ماده «۱۲۱۱» فهما مبنيان على قضيه الشركه و حيث ان الحائط مشترك فليس لأحدهما أن يتصرف فيه بدون اذن الآخر فرفع الجذوع إلى الأعلى لا يجوز فإن الأعلى ليس له نعم له ان يخفضها إلى الأسفل لان الأسفل له.

«الفصل الثالث» فی (الطریق)

اقحام هذا الفصل و الذی بعده فی هذا الباب اعنی باب قواعد أحکام الأملاک لا وجه له فان الطریق لیس من الاملاک لا العامه و لا الخاصه بل الطرق من المباحات العامه و منفعتها الخاصه و هی المرور حق لکل البشر و لکنه حق الانتفاع لا المنفعه کما سبق بیانه فوجوب رفع الأشیاء المضره بالمارین هی من احکام الطرق لا من أحکام الاملاک نعم احکام الطریق الخاص قد تدخل فی هذا الباب باعتبار کونها ملکا أو تشبه الملک، و قد حکمت المجله فی ماده «۱۲۲۳» انه لا یسوغ لأصحاب الطریق الخاص ان یبیعوه و لو اتفقوا و لا یسوغ ان یقسموه بینهم و لا یسدوا فمه، و لکن الظاهر من بعض فقهائنا انه حق لهم فلو تبایعوه بینهم أو اقتسموه کان لهم ذلک و هو أقرب الی الاعتبار و لا ینافیه ان فیه حق المرور لکل واحد فان هذا الحق لهم ما دام الطریق مفتوحا اما إذا زال فلا حق لهم و تسمی هذه الطرق عندنا بالطرق «المرفوعه» و لعلها لارتفاعها عن الطریق العام أو لغیر ذلک

الفصل الرابع فی (بیان حق المرور و المجری و المسیل)

مواد هـذا الفصل كلها تبتنى على ثلاث قواعد (۱) قاعده (الضرر يزال) (۲) (القديم على قدمه إذا كان مشروعا) (۳) (المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء) فلو اذن صاحب العرصه بالمرور فيها لشخص له الرجوع عن اذنه متى شاء مهما طالت المده فإن قاعده القديم على قدمه انما تعتبر فی الأمور المشروعه المجهوله السبب عند جيلنا اما لو علمناه فالحكم للسبب لا للقدم مثلا لو وجدنا دارا يجرى عليها ميزاب من دار الغير و هو قديم فنحكم بلزوم بقائه من جهه قدمه اما لو علمنا أو ظهرت ورقه أو بينه بان صاحب الدار أباح للجار وضع الميزاب على داره و قد رجع عن إباحته فلا ريب ان قاعده القديم تسقط و العمل على قاعده الإباحه و الرجوع فيحكم الحاكم برفع الميزاب و هذا نظير قضيه (اليد) التى هى من أقوى الأمارات على الملكيه و لكنها انما يعتمد عليها حيث تكون مجهوله السبب اما لو علم سببها فالعمل على السبب مثلا لو وجدنا دارا بيد شخص تلقاها من أبيه و جده و ادعاها آخر نحكم بأنها لصاحب

الیـد حتی تقوم الحجه علی انها لیست له اما لو ظهر من اماره أو بینه انه قـد اسـتأجرها جـده من أجـداد المدعی أو أباحها له فان الید تبطل و یطالب بالبینه علی انها قد انتقلت بناقل شرعی و الحاصل ان الأمارات و القواعد جلها أو کلها انما تکون معتبره حیث تکون مجهوله السبب و هذه فائده ثمینه فاحتفظ بها، و للّه الفضل و المنه و منه نستمد التوفیق

الباب الرابع فی (بیان شرکه الإباحه

اشاره

و یشتمل علی سبعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان الأشیاء المباحه و غیر المباحه)

ماده (۱۲۳۴) الماء و الکلاء و النار مباحه و الناس فی هذه الأشیاء الثلاثه شرکاء.

قد عرفت فیما سبق ان الشرکه هنا لغویه لا بمعناها المصطلح بل الاشتراک هنا بمعنی عموم الحکم لعامه البشر فاباحه الانتفاع و التملک لشی ء من هذه المواد الحیویه عام لجمیع الأنام کعموم سائر الاحکام و الأصل فی هذا- الحدیث النبوی المشهور-: الناس شرع سواء فی ثلاثه أشیاء الماء و الکلاء و النار.

و المباحات العامه أکثر من ذلک کالصید و الأحطاب و ثمار الأشجار فی الغابات و غیر ذلک کما سیأتی.

و لاـ ریب ان المراد اشتراکهم فیه قبل حیازه أحد لشی ء منه فالماء الـذی نقله إنسان من الفرات و شبهه مملوک له انما المباح العام هو ماء الفرات فی مجاریه و مجاری السیول و القنوات العادیه فلیس لأحد منع غیره من الاستقاء منها و الحیازه اما الـذی یحوزه إنسان فی نهر صغیر فی أرضه أو داره أو بستانه فقد ملکه و لا یجوز الأخذ منه بغیر اذنه و مثله الکلام فی الکلاء و هو النبات فی الأراضی الواسعه و الغابات بل و أشجارها و ثمارها أو أشجار الجبال و الأودیه قبل حیازه أحد لشی ء منها و کذلک النار فلو أوقد إنسان نارا فی فلاه من الأرض فلیس له ان یمنع غیره من الاستضاءه بها أو التدفئه بالقرب منها أو الاقتباس من جذوتها نعم لیس له ان یحمل جمره منها أو فحمه خشب منها لأنها مملوکه لموقدها فلا یجوز أخذها إلا بإذنه کما انه لو أوقد نارا فی داره لیس لأحد ان یدخل الدار للتدفئه أو الاستضاءه بدون اذنه بخلاف ما لو کانت فی صحراء مباحه کما فی ماده «۱۲۶۱» الآتیه، و من ماده «۱۲۳۵» إلی ماده «۱۲۴۱» کما ان الکلاء النابت فی الأراضی التی لا صاحب لها مباح کذلک الکلاء النابت فی ملک شخص بلا تعاطی سببه أیضا مباح الی آخرها.

هذا التقسیم سقیم و تحکم بلا دلیل حتی من قیاس و نحوه فاز النابت فی ملک إنسان و لو من غیر سببه یدخل فی ملکه قهرا کما نبعت عین ماء فی أرضه أو فی داره أو ظهر معدن فیها و نحو ذلک مما لا إشکال فی صیرورته ملکا له سواء تعاطی إیجاد السبب أم لا فلواذ

لشخص بالدخول الى داره أو عقاره فدخل لم يجز له ان يتصرف بشى ء من ذلک النبات أو الماء الا بإذن خاص من المالک کالأشجار النابته من نفسها فی ملک إنسان حسب ما نصت علیه ماده «۱۲۴۴» الأشجار النابته بلا غرس فی ملک أحد هی ملکه لیس لأحد ان یحتطب منها الا بإذنه فإن یفعل یکن ضامنا.

و هذا صحیح لامریه فیه انما العجب هو التفرقه بین النبات فهو مباح و بین الشجر فغیر مباح مع اتحاد الملاک فی المسألتین فلیتدبر

ماده «۱۲۴۷» الصید مباح.

یعنی انه من المباحات العامه إذا لم یکن قد صاده أحد قبل ذلک اما لو صاده و کان من عادته العود فلا إشکال فی حرمه صیده اما لو لم یکن من عادته العود فمحل اشکال و یجوز حمل الصید علی المصدر کما یجوز حمله علی اسم العین و سیأتی بیان احکام کل واحد منهما فی الفصل السابع

الفصل الثانی

ماده «۱۲۴۸» أسباب التملک ثلاثه (الأول) النقل من مالک الی مالک آخر کالبیع ..

قدمنا لک فی بعض الأبحاث السابقه ان أسباب الملک نوعان قهریه و اختیاریه و تحت کل نوع من هذین أصناف و أظهر أسباب

التملک القهری- الإرث- و الجنایات و الاروش و النـذور و ما الی ذلک، و أظهر أسـباب التملک الاختیاری الاکتساب و البیع و الشـراء و الصید و الحیازه و احیاء الموات و ما الی ذلک و لا حاجه فی أمثال الصید و الحیازه إلی وضع الید لا حقیقه و لا حکما بل المدار علی صدق الاستیلاء عرفا و منه التحجیر الذی یثبت به حق اختصاص فی المباح إلی أمد معین اما لو نصب شبکه فوقع الصـید فیها فقد ملکه بالاستیلاء حقیقه و لا یجوز لغیره ان یتصـرف به بدون إذن الحائز الأول و لو أتلفه کان ضامنا کما فی ماده «۱۲۴۹» کل من أحرز شیئا مباحا کان مالکا له مستقلا الی آخرها.

ماده (۱۲۵۰) کون الإحراز مقرونا بالقصد لازم.

هـذا البحث مبتور هنـا، و حقه، ان یقال ان التملک الاحیاء مشـروط بشـروط «۱» انتفـاء یـد الغیر فلو کان علی الأرض یـد معتبره شرعا لم یصـح للغیر إحیاؤها «۲» عدم ملک سابق لمسـلم أو معاهد فلو کانت مملوکه لأحدهما و لم یتحقق الاعراض أو السـبب المزیل لم یجز إحیاؤها بناء علی عدم بطلان الملکیه بالموتان «۳» ان لا یکون حریما لعامر «۴» ان لا یکون مشعرا للعباده کمنی و المشعر و عرفه و نحوها «۵» ان لا یکون متعلقا به حق الغیر فلا یکون مما أقطعه الإمام أو السـلطان لأحد المسلمین أو غیرهم فإنه یکون اولی به و لاـ محجرا ای قـد شـرع أحـد فی إحیائه بوضع علامه من مرز أو حفر نهر أو نحو ذلک «۶» ان یکون الإحیاء أو الحیازه بقصد التملک فلو فعل أحد الأسباب

بـدون قصـده أو بقصـد غيره لم يملـك و الظـاهر الاتفـاق على هـذه الشـروط و لا ينافى شـرطيه قصـد التملك ما ذكرناه من ان الحشيش النابت فى أرض شـخص أو داره ملك له و ان لم يعمل سببه فإن ملكيه هذه الأشياء بالتبعيه لا بالحيازه و الاحياء و هو ظاهر و هناك شرطان آخران لم يتحقق الاتفاق عليهما و ان ذهب الى اعتبارهما جماعه و هما اشتراط اذن الامام عند حضوره أو نائبه عنـد غيبته «و الثانى» تحقق الاحياء و تماميته فلا ملكيه إلا بعـد صـدق كونه قد أحياها عرفا، و لا بأس بهذين الشـرطين و ان كـان الـدليل عليهما غير ظاهر، و سيأتى ذكر بعض هـذه الشـروط فى الفصل الخامس- اما ماده «۱۲۵۱» يشترط فى إحراز المـاء انقطاع جريه فالبئر التى ينز ما فيها من الماء لا يكون ماء محرزا فلو أخـذ شـخص من الماء المجتمع فى هكـذا بئر تنز بدون إباحه صاحبه و اسـتهلكه لا يلزمه الضـمان إلخ- لم اعرف وجهه فإن البئر إذا كانت مملوكه لشـخص فماؤها ملك له لا يجوز لغيره ان يأخـذ منه بـدون اذنه انقطع جرى المـاء أو لم ينقطع و هكـذا الحوض امـا إذا لم تكن مملوكه لشـخص فهى من المباحات يجوز لكـل أحـد الأخـذ من مائها انقطع جريها أيضا أم لا، و دعوى ان الماء الـذى لا ينقطع جريه يسـتمد قوته من المياه الجاريه تحت الأرض و هى غير مملوكه، فسادها غنى عن البيان.

الفصل الثالث فی (بیان أحکام الأشیاء العمومیه المباحه)

جمیع مواد هذا الفصل واضحه لا مناقشه فیها و قد تقدم بعضها و هی من لوازم الإباحه العامه.

الفصل الرابع فی (بیان حق الشرب و الشفعه)

و جمیع مواده أیضا واضحه جلیله المدرک، نعم فی ماده «۱۲۶۸» یسوغ لمن کان ضمن ملکه ماء متتابع الورود سواء کان حوضا أو نهرا ان یمنع طالبه من الدخول فی ملکه لکن إذا لم یوجد فی قربه ماء مباح غیره للشرب یجبر صاحب الملک علی إخراج الماء لذلک الطالب أو إعطائه الرخصه بالدخول لأجل أخذ الماء و ان لم یخرج له الماء فله حق الدخول و أخذ الماء.

فإنه- لا یخلو من اشکال فإن إجبار المالک علی إخراج الماء

أو الدخول قهرا عليه الى داره كل ذلك مناف للقواعد العامه كقاعده السلطنه و نحوها و لكن يمكن لولى الأمر أو نائبه العام أو الخاص ان يجبر المالك كذلك نظرا للصالح العام و حفظ النظام و استبقاء حياه النفوس و ان كان مخالفا للقواعد العامه الا انه لو اقتحمنا هذه العقبه الكؤد و قلنا بجوازه و تخريج دخوله فلا بد من دفع القيمه و يكون كقضيه الأكل فى المخمصه فليتدبر.

الفصل الخامس فى (إحياء الموات)

ماده (۱۲۷۰) الأراضى الموات هى التى ليست ملكا لأحد و لا هى مرعى و لا محتطب إلخ.

ذكرنا قريبا شروط التملك بالاحياء و منه يتضح لك حدود الأرض الموتان التى يجوز إحياؤها حتى تصير ملكا لمحييها و أقرب تعريف للأرض الميته انها هى التى لا تصلح للزرع بحالتها الحاضره بل تحتاج الى علاج غير الحرث و السقى إما لكونها مغموره بالماء كالاهوار و الأجم أو لبعد الماء عنها فتحتاج الى شق نهر أو آله موصله و أمثال ذلك و مع هذا فإرجاع ذلك الى العرف أقرب الى الصواب، اما اشتراط بعدها

عن أقصى العمران كما فى هذه الماده فغير لازم نعم ان كان ذلک الموات من مرافق البلد و محل حاجتها و لو فى بعض السنه فضلا عما لو كان مرعى أو محتطبا و محتصدا فلا إشكال فى عدم جواز إحيائه لأنه حريم للعامر و كذا لو كان حريما لبئر البلد و أمثال ذلک كما سبق ذكره و نصت عليه ماده «۱۲۷۱» الأراضى القريبه إلى العمران إلخ،،، اما لو خلت من كل ذلک جاز إحياؤها و ان كانت متصله بالبلد أو العمران فتدبره.

ماده «۱۲۷۲» إذا أحيا شخص أرضا مواتا بالاذن السلطانى صار مالكا لها إلخ،،،

يظهر من هذه الماده ان أصحاب المجله يعتبرون اذن السلطان شرطا فى التملک بالاحياء و قد تقدم ان بعض فقهائنا يعتبر هذا الشرط أيضا و لكنه خلاف إطلاق الحديث المشهور (من أحيا أرضا فهى له) نعم بناء على ان الموات من الأنفال التى هى للّه و لرسوله كما يدل عليه الحديث المشهور (موتان الأرض للّه و لرسوله فمن أحيا أرضا ميته فهى له) يكون اذن الامام أو نائبه شرطا و لا ينافيه الإطلاق انها للمحيى فإن المراد منه ان المحيى بشروطه يكون مالكا إذ لا ريب ان ليس كل من أحيا يملک و على كل فاستيذان الإمام أو نائبه الخاص أو العام ان لم يكن أقوى فلا ريب انه الأحوط.

ماده (إذا أحيا شخص أرضا مواتا و بعده جاء آخرون أيضا و أحيوا الأراضى التى فى أطرافها الأربعه) إلخ.

بل ليس للآخرين ان يحيوا طريق المحيى الأول لأنه من مرافقه و لوازمه فيملكه بالتبع و لا يجوز لغيره التعرض له.

ماده «۱۲۷۷» وضع الأحجار أو الشوک– ليس بإحياء و لكنه تحجير.

الفرق بين الاحياء و التحجير واضح مفهوما و حكما فان التحجير هو الشروع فى مقدمات الإحياء أو وضع علامات حيازه الأرض و ان لم يكن لها دخل بالاحياء اما الاحياء فهو صلاحيه الأرض فعلا للزرع اى لإلقاء البذر فيها و سقيه و حكم الاحياء حصول الملكيه به اما التحجير فتحصل به الأولويه و لكنه حق يورث يصح المصالحه عليه و أخذ المال بالمعاوضه عليه نعم يمهله حاكم الشرع أو السلطان حسب ما يراه و لا يتقيد بسنه أو ثلاث بل بما يراه الحاكم حسب اختلاف الظروف و الأحوال فان لم يكمل إحياءها فى تلك المده يسقط حقه و ينتزعها منه و يدفعها لغيره و بهذا يتضح ما فى المواد الباقيه فى هذا الفصل من ماده «۱۲۷۸» إلى ماده «۱۲۸۰».

الفصل السادس (فى بيان حريم الآبار المحفوره و المياه المجراه و الأشجار المغروسه) (بالاذن السلطانى فى الأراضى الموات)

ماده «۱۲۸۱» حريم البئر يعنى حقوقها من جهاتها من كل طرف أربعون

المراد ان من حفر بئرا فی أرض موات فإنه یملک من کل جهه من جهاتها الأربع أربعین ذراعا تسمی حریما للبئر کما ان حریم العین المستخرجه خمسمائه ذراعا، أما الذی ذکره فقهاؤنا فی هذا المقام فهو ان حریم الطریق شارعا أو غیره إلی الأملاک أو غیرها خمسه و قال الأکثر سبعه فلا یجوز الأقل و یجوز الأکثر بل قد یجب عند الحاجه، و حریم العین الف ذراع فی الأرض الرخوه و خمسمائه فی الصلبه بمعنی انه لا یجوز لغیره ان یستخرج عینا فی هذه المساحه فإن أحیاها کانت له و إلا جاز لغیره إحیاؤها و لازمه جواز استخراج بئر أخری للآخر، و حریم بئر الناضح ای البعیر الذی یسقی الزرع ستون ذراعا و بئر المعطن أی البئر التی اتسق الإبل منها و تشرب من مائها أربعون ذراعا و حریم الحائط و الدار مطرح الآنه من تراب و رماد و کناسه و نحوها و کل هذه المقادیر بین ما ورد روایه به و بین ما اقتضاه الاعتبار و العرف و لذا أهمل بعض الفقهاء اعتبارها و ارجع التقدیر الی حد الضرر فلکل واحد من تلک العناوین من الأرض حولها ما تقتضیه حاجته عرفا و ما یستلزم تطرق الضرر علیه فی الأقل منه و لیس هنا تعبد شرعی بمقدار معین بل الأحادیث الوارده فی هذه المواضع ناظره إلی العرف فی تلک الأعصار فالأصح إناطه ذلک الی نظر أولیاء الأمور الصالحین المصلحین حسب ما تقتضیه المصالح العامه و الخاصه و هی تختلف باختلاف الأزمان و البلدان و الظروف و الأحوال مع التجرید عن الأغراض و الإخلاص للّه تعالی و للأمه فی النیه و العمل و اللّه ولی التوفیق و هو العالم بالسرائر.

ماده (۱۲۸۸) إذا حفر شخص بئرا فی خارج حریم بئر فذهب ماء البئر الاولی الی الثانیه فلا شی ء علیه.

هذا إذا لم یعد بنظر العرف تسبیبا لمنع الماء عن الأولی و الا فهو مشکل و کذا فی قضیه الدکان.

الفصل السابع فی (بیان المسائل العائده إلی أحکام الصید)

ماده «۱۲۹۲» الصید جائز،،،

المشهور عند فقهائنا ان صید اللهو حرام و سفره سفر معصیه یوجب الإتمام و انما یحل الصید إذا کان للکسب و التجاره أو للقوت و هو من المباحات العامه التی تملک بالحیازه و لا یکون الا للحیوان الممتنع و هو لا یخلو اما ان یکون فی الهواء أو فی الماء أو علی الأرض و لکل واحد من هذه المواضع آلات تخصها و آلات تشترک فیها و قد ذکرت (المجله) فی هذه الماده بعضا من المختصه و المشترکه فالآلات الجارحه کالرمح و السهم و البندقه تشترک فی صید ما فی الهواء و ما فی الأرض و یختص الکلب و الجوارح بصید ما علی الأرض و تشترک الشبکه بصید ما فی

الأرض و ما فی الماء، ثم ان المجله لم تستوف شروط حلیه الصید و هی أهم ما فی المقام فنقول ان الآله إذا أصابت الصید فإن بقی حیا و أدرک حیاته و کان مأکول اللحم لم یحل أکله إلا بتذکیته الشرعیه و ان مات و استند موته الی تلک الآله حل اکله و لکن بشروط «۱» ان یکون الحیوان حلال الأکل کالبقره الوحشی و الحمر الوحشیه و الوغل و الغزال لا کالثعالب و الأرانب و نحوها من الوحوش و ان حل استعمال جلودها بالتذکیه «۲» التسمیه عند إرسال الکلب أو إطلاق السهم أو البندقه فلو لم یسم عمدا حرم الصید إذا لم یدرک ذکاته و لو نسیها حل «۳» القصد الی الصید فلو رمی لاهیا فأصاب حیوانا لم یحل «۴» ان یکون المرسل مسلما فلو کان کافرا لم یحل «۵» ان یقتل السهم و ما بحکمه من الآلات بحده لا بثقله یعنی ان یکون محددا و لو من غیر نصل فیخرق الجلد و اللحم و یقتل الصید (۶) ان ان لا یغیب عنه و حیاته مستقره فلو غاب ثم مات و لو بعد ساعه و لم یعلم ان الموت استند الی الکلب أو السهم لم یحل (۷) ان یستند الموت الی الکلب أو الآله فلو اصابه السهم و تردی من شاهق أو وقع فی نهر فمات غرقا لم یحل (۸) ان لا ـ یکون الحیوان مملوکا فلو ظهرت علیه آثار الملکیه کجرس فی رجله أو طوق فی عنقه لم یحل صیده و لا اکله، و مما ذکرنا یظهر ما فی مواد هذا الفصل من المجله مثل ماده (۱۲۹۳) الصید هو الحیوان المستوحش من الإنسان،،، فإن المدار لیس علی استیحاش الحیوان بل المدار علی کونه ممتنعا بذاته لقدرته علی الطیران

بجناحه أو العدو برجله فالحمام الذی یأوی إلی البیوت و یسکن فیها مع أهلها مستأنس غیر مستوحش و مع ذلک یجوز صیده.

و مثل ماده (۱۲۹۴) کما ان الحیوانات الأهلیه لا تصاد کذلک الحیوان البری المستأنس بالإنسان لا یصاد- بناء علی ذلک الحمام المعلوم انه غیر بری بـدلاله أمثاله أو الصـقر الذی برجله الجرس أو الغزال الذی فی عنقه الطوق إذا أمسـکها أحد تکون من قبیل اللقطه فیلزمه الإعلان بها کی تعطی لصاحبها.

فإنها مختلفه منحله- ضروره أن الحمام و الصقر و الغزال الحامله لتلک العلائم و الاوسمه انما لم یصح صیدها لأنها مملوکه للغیر لا من جهه أنها مسـتأنسه بالإنسان ألا تری أن الحمام المسـتأنس فی بیوت الناس یصح صـیده إذا لم یکن علیه علامه ملک سابق فالاستینـاس و التوحش لاـ ربـط له بقضـیه الصـید أصـلا إنمـا المهم ان لا یکون مملوکا و ان یکون ممتنعا کما فی ماده (۱۲۹۵) شرط الصـید کونه ممتنعا عن الإنسان إلخ، و هذا ای الامتناع هو المدار فی ملکیه الصید فمن رمی حیوانا و اصابه بحیث لا یقدر علی الفرار و زال منه قدره الامتناع ملکه و الا فلغیره ان یصیده و یملکه کما فی ماده (۱۲۹۷) الصید لمن أمسکه ..

ماده (۱۳۰۰) فی ساقیه شخص و جدوله سمک لا یمسک من غیر صید فللآخر ان یمسکه.

کلا- فقد عرفت ان کل مال فی ملک الإنسان غیر مملوک

لأحد فهو ملك له بالتبعيه سواء اعمل السبب فی وجوده أم لا فلا یحل لأحد ان یملک شیئا هو فی بئری أو نهری أو أرضی أو جدولی و هکذا أمثال ذا.

(۱۳۰۱) شخص هیأ محلا فی حافه الماء لأجل صید السمک الی آخرها،،،

لا تخلو من اشکال فإن حفر الحفیره کنصب الحظیره بقصد صید السمک موجب لملکیه کل ما یدخل فیها لصاحب الحفیره أو الحظیره سواء کان الماء کثیرا أو قلیلا محتاجا الی الصید أو لا

(۱۳۰۲) إذا دخل صید دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه یصیر مالکا لکن لا یکون مالکا بلا إحراز.

إغلاق الباب و الإحراز لا یکفی حتی یقبضه أو یدخله فی قفص فلو أغلق الباب ثم فر الطیر قبل إمساکه کان مباحا و للغیر ان یصیده بخلاف ما لو أمسکه فقد ملکه و لو فر لم یجز لغیره صیده و لو صاده أرجعه إلی الأول.

ماده «۱۳۰۳» إذا وضع شخص شیئا ما کالشرک و الشبکه لأجل الصید فوقع فیه صید یکون لذلک الشخص

لکن إذا نشر شبکه لأجل جفافها و وقع فیها صید فلا یکون له.

و ذلک للقصد فی الأول و عدمه فی الثانی و کذلک فی المثال الثانی

ماده (۱۳۰۴) إذا اتخذ حیوان وحشی فی بستان عشا الی آخرها.

تقدم الکلام فی نظائرها فلا تغفل.

الباب الخامس فی (بیان النفقات المشترکه

اشاره

و یشتمل علی فصلین)

الفصل الأول فی (بیان عمارات الأموال المشترکه و سائر مصارفها)

جمیع مواد هذا الفصل ضروریه واضحه لا کلام فیها نعم ماده (۱۳۱۲) إذا طلب شخص عماره الملک المشترک القابل للقسمه و کان شریکه ممتنعا و عمره بدون اذنه یکون متبرعا یعنی لا یسوغ له الرجوع علی شریکه بحصته و ان کان ذلک الشخص قد راجع الحاکم عند امتناع شریکه فبناء علی ماده (۲۵) لا یجبر علی العماره لکن یجبر علی القسمه.

ماده «۲۵» هی الضرر لا یزال بمثله- و لا ربط لها بالمقام فإن عماره الشریک للدار المشترکه مثلا لیس من الضرر أصلا بل هو إصلاح

و نفع فقد دفع الضرر عن نفسه و عن شريكه و لكن لا يضرر شريكه بل ينفعه و بالجمله فإذا عمر بإذن الحاكم استحق الرجوع على شريكه بلا اشكال و لو عمر بدون اذنه و دون اذن الحاكم فلا رجوع و هذه قاعده مطرده فى هذا الباب و منه يظهر الوهن فيما ذكروه فى ماده (۱۳۱۳)- و ان عمر من غير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف و لكن له ان يستوفى المقدار الذى أصاب حصه شريكه من قيمه البناء-، فان المتصرف بدون اذن المالك و الشارع متبرع لا حق له الا في أحوال استثنائيه و ضرورات فرضيه فليتدبر، و القاعده المطروده فى باب الشركه ما سبقت الإشاره إليه غير مره من ان الشريكين ان اتفقا على إجاره أو عماره أو سكنى أو غير ذلك فهو و الا فالمرجع الى حاكم ليحكم بالحق فيما بينهم و يحل عقده الخصومه فإن تصرف أحدهما بدون اذن الشريك و اذن الحاكم فتصرفه باطل لا يستحق عوضا عليه و لا اجرا و لا اجره و هذا مطرد فى ملك كل مشترك من دار و عقار و حيوان و غيرهما فليتدبر

الفصل الثانى فى (حق كرى النهر و المجارى و إصلاحها)

ماده «۱۳۲۱» كرى النهر الذى هو غير مملوک إصلاحه على بيت المال

فان لم يكن وسعه فى بيت المال يجبر الناس على كريه.

إنما يجبر الناس على كريه إذا كان نفعه يعود إليهم اما لو لم يكن لهم فيه منفعه فلا وجه لجبرهم.

ماده (۱۳۲۵) النهر العام مملوكا أو غير مملوكا ان كان فى حافه ارض لأحد و ليس من غيرها طريق فللعامه المرور من تلك الأرض

لأجل الاحتياجات كشرب الماء و إصلاح النهر و ليس لصاحبها المنع.

هذا من باب تقديم الصالح العام على المصلحه الخاصه الذى يمكن ان يخصص قاعده (الناس مسلطون على أموالهم) (و لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) و المسأله معقده تحتاج الى مزيد تأمل و استقصاء و باقى مواد هذا الفصل واضحه.

الباب السادس فی (بيان تعريف شركه العقد و تقسيمها)

[الفصلان الأولان]

ماده (۱۳۲۹) شركه العقد عباره عن عقد شركه بين اثنين فأكثر على كون رأس المال و الربح مشتركا بينهم.

قد ذكرنا ان هذه هی المقصوده بالأصاله من الشركه التی ذكرها الفقهاء فی باب المعاملات و العقود و حيث انها موقوفه على امتزاج المالين بحيث لا يتميزان ذكروا من باب المقدمه أنواع الشركات الموجبه لامتزاج المالين أو صيروره المال الواحد لاثنين أو أكثر حتى تتحقق الشركه فيه و من هنا تعرف ان قوام الشركه العقديه بالمالين الممتزجين و عليهما يدور محور الشركه و على نسبتهما يكون الربح و الخسران لكل واحد من الشريكين سواء تساويا فی العمل أو اختلفا فإنما يتساويان فی الربح حيث يتساويان به و يختلفان فيه على مقدار اختلافهما فيه و كذا الخسران، هذا مع إطلاق العقد اما مع الشرط فهو المتبع سواء كان الشرط فی ضمن عقد الشركه أو فی ضمن عقد آخر

جائز أو لازم و ان كان هنا فى بعض الصور بحث و نظر، لا مجال لتفصيله و لكن حيث ان الشركه المقصود منها الاسترباح و الاكتساب عقد و العقد لا يتحقق إلا بالإيجاب و القبول نصت ماده (۱۳۳۰) ركن شركه العقد الإيجاب و القبول لفظا أو معنى.

يعنى لا يعتبر فيها لفظ مخصوص و صيغه خاصه بل يكفى كل ما دل على ذلك و لكن الصيغه المذكوره فى هذه الماده غير وافيه بالمعنى المقصود بل اللازم ان يمزجا المالين ان كانا خارجين اما لو كان مشتركا بان ورثا مالا أو كان لهما على ذمه مديون فلا حاجه إليه فيقول أحدهما للآخر شاركتك على العمل بهذا المال و الاسترباح به فيقول الآخر قبلت و يلزمهما العمل معا فان كان بينهما شرط ذكراه فى العقد و الا فالمقدار على نسبه المالين زياده و نقيصه مناصفه أو مثالثه أو غير ذلك و تجرى على النسبه التامه إلا مع الشرط فيتبع ماده «۱۳۳۱» شركه العقد تنقسم الى قسمين فإذا عقد الشريكان عقد الشركه بينهما على المساواه التامه إلخ.

عرفت ان عقد الشركه إذا وقع على نحو الإطلاق اقتضى المساواه حسب المالين فان تساويا فى المقدار كان لكل منهما النصف تساويا فى العمل أم لا و ان اختلف المقدار فلكل واحد من الربح و الخسران على حسب ماله تساوى العمل أم اختلف و لا حاجه الى شرط ذلك فى العقد نعم لو اتفقا على التفاوت لم يلزم الا بالشرط فى عقد لازم اما فى عقد الشركه المتفق على جوازه فالأصح الصحه أيضا و حاله حال الشروط

فی العقود الجائزه ثم ان هـذا النحو من الشـرکه هو (العنان) عنـدنا- و لعل وجه التسـمیه أن عنان المالین بید الشـریکین علی حد سواء و یظهر من هذه الماده ان غیر الإمامیه یسمونها شرکه «المفاوضه» أما شرکه العنان عندهم فهی التی لم یشترط فیها المساواه حینئذ فوجه التسمیه غیر واضح.

(و الخلاصه) انه لا تصح عند الإمامیه إلا الشـرکه علی المالین الممتزجین حسب ما عرفت و یسمونها شرکه (العنان) و کل شرکه علی غیر المـالین فهی بـاطله عنـدهم فلا تصـح شـرکه (المفاوضه) و یعنون بها ان یتعاقـد اثنان أو أکثر علی ان یکون بینهما علی السواء أو التفاضـل کلمـا یربحان من غنیمه أو تجاره أو حیازه أو میراث أو غیر ذلک من موارد الانتفاع و الفائـده کما ان علیهما کلما یغرمان من خساره فی تجاره أو جنایه أو غیرها، و کذا لا تصح شـرکه (الأبدان) بان یتعاقدا علی الاشتراک فیما یحصل من أعمالهم اتفق العمل أو اختلف و لا شـرکه (الوجوه) بان یتعاقـد وجهان لا مال لهما علی ان یبتاعا فی الذمه إلی أجل ثم یبیعان و یؤدیان الأثمان و تدریجا و یقتسـمان الفاضل نعم لو اشتریاه مشترکا بذمتهما أو وکل أحدهما الآخر فی الشراء صح و کان الربح لهما کما ان أحـدهما لو صالـح الآخر نصف منافعه إلی أجل معین بنصف منافع الآخر صـح لان الصـلح یحتمل من الجهاله ما لا یحتمله غیره من العقود، و من جمیع مـا ذکرنا هنا یتضـح بعض الکلام فی ماده (۱۳۳۲) الشـرکه سواء کانت مفاوضه أو عنانا أما شرکه

أموال، إلى الآخر.

فان النوع الأول أى شركه الأموال هى الصحيحه عندنا لا غير و هى شركه العنان اما الأنواع الأخرى كشركه الاعمال و شركه الوجوه فهى باطله كبطلان شركه المفاوضه الا بالنحو الذى عرفت.

ثم ان عقد الشركه عقد برأسه أثره صحه عمل كل من الشريكين فى المال المشترک بالاذن و لا حاجه الى جعله متضمنا وكاله كل من الشريكين للآخر فى التصرف و هو كعقد المضاربه الذى يضرب العامل بمال غيره و يكتسب على ان له حصه فى الربح و تصرفه بالمال الذى هو لغيره من مقتضى عقد المضاربه لا من تضمنه الوكاله فتدبره نعم لما كانت الشركه عقدا من العقود فلا ريب فى انه يعتبر فيه جميع ما يعتبر فى العقود من الشرائط العامه كبلوغ الشريكين و رشدهما و عدم الحجر عليهما و القصد و الاختيار و غير ذلک مما مر عليک فى تضاعيف العقود «و منها» المعلوميه و عدم الجهاله و تعيين حصه كل واحد منهما من الربح و الخسران كما فى ماده (۱۳۳۶)- و ماده (۱۳۳۷) كون حصص الربح التى تنقسم بين الشركاء كالنصف و الثلث جزء شائعا شرط. فإذا تقاول الشركاء على إعطاء أحدهم كذا غرسا مقطوعا تكون الشركه باطله،،، يعنى يشترط فى صحه عقد الشركه ان يكون توزيع الربح بينهما بنحو الكسر الشائع من ثلث و ربع و نصف فلو جعلاه مبلغا معينا كمائه درهم أو عشرين دينارا بطلت الشركه و صارت أشبه بعقد الإجاره، و ذلک لما عرفت من ان

عقد الشركه يتقوم و يدور على المالين و توزيع الربح بينهما بنسبتهما فلو جعلا لأحدهما مقدارا معينا صار الربح مختصا بأحدهما و هو مناف لجوهر عقد الشركه.

الفصل الثالث فی (بيان الشرائط المخصوصه فی شركه الأموال)

ماده (۱۳۳۸) كون رأس المال من قبيل النقود شرط

يعنی يشترط فی شركه الأموال أی شركه العنان كون المال الممتزج منهما الذی تعاقدا على الاسترباح به من النقود المسكوكه من ذهب أو فضه أو غيرهما.

و لازم هذا انه لو جعلا رأس المال عروضا كحنطه و نحوها لم يصح عقد الشركه مع ان فی ماده (۱۳۴۲) ما يظهر منه خلاف هذا كما سيأتی.

أما عندنا معشر الإماميه فيجوز عقد الشركه على كل مال نعم يشترط ان يكون عينا لا دينا و ان يكون معلوما لا مجهولا و قد تضمنت ماده «۱۳۴۱» الأول و لم تذكر الثانی، و فی ماده «۱۳۴۲»

لاـ يصح عقد الشركه على الأموال التى ليست من النقود كالعروض و العقار- شبه التهافت فإنها بعد ان منعت من الشركه فى العروض أولاـ إجازتها أخيرا فى الحنطه إذا خلط أحدهما حنطه بحنطه الآخر فقالت: يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال و يعقدا عليه الشركه- و هذا الأخير هو الأصح.

ماده (۱۳۴۳) إذا كان لواحد برذون و لآخر؟؟ ممر؟؟؟

فاشتركا على ان يؤجراه الى الآخر،،، بطلان الشركه هنا لعدم امتزاج المالين اما لو باع أحدهما نصف حيوانه بنصف حيوان الآخر ضحت الشركه، و منه يعلم وجه عدم الصحه فى المال المذكور بماده (۱۳۴۴) إذا كان لواحد دابه و لآخر أمتعه و تشاركا على تحميل الأمتعه على الدابه و بيعها، الى الآخر.

نعم يصح هذا و الذى قبله و جميع ما هو على منوالهما لو أوقعاه بعقد الصلح.

الفصل الرابع فى (بعض ضوابط تتعلق بشركه العقد)

ماده (۱۳۴۵) العمل يكون متقوما بالتقويم

يعنى ان

العمل بتعيين قيمته يقوم و من الجائز ان يكون عمل شخص أكثر قيمه بالنسبه إلى عمل شخص آخر.

شرط الزياده فى الربح لمن له عمل زائد أو أنفع مما لا اشكال فيه بل لا يبعد جوازه حتى مع عدم الزياده.

ماده (۱۳۴۶) ضمان العمل نوع من العمل إلخ.

هذا ليس من عقد الشركه أصلا و لا تصح الشركه بهذا النحو نعم يصح الصلح عليه و يلزم، و كذا ماده «۱۳۴۷» كما ان استحقاق الربح يكون تاره بالمال و تاره بالعمل كذلک بحکم ماده «۸۵» یکون بالضمان إلخ.

فإن هذا لا يصح شركه و يصح صلحا.

ماده (۱۳۴۸) إذا لم يوجد أحد الأمور الثلاثه السالفه الذكر المال و العمل و الضمان فلا استحقاق للربح

فلو قال شخص لآخر اتجر أنت بمالك على ان الربح مشترك بيننا لا يوجب الشركه و ليس له أخذ حصته من الربح الحاصل فإنه أكل مال بالباطل.

«۱۳۴۹» استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور فى عقد الشركه و ليس هو بالنظر الى العمل الواقع – إلخ.

هذه الماده قاصره البيان مختلفه الأركان، و تحريرها ان الشريكين ان اشترطا العمل منهما متساويا أو متفاضلا لزم الشرط و لو أخل أحدهما بالعمل ينقص من حصته بنسبته تساوى المالان أو تفاضلا كما انه لو شرط العمل على واحد صح و يكون أشبه بالمضاربه فإن جعل له من الربح

مقدارا لزم سواء شرط له أكثر مما يستحقه من الربح بنسبه ماله أم لا، و ان لم يعينا له شيئا فقد يقال ان مقتضى الإطلاق المجانيه و هو محل نظر فإن أصاله حرمه عمل المسلم تقتضى ان يكون له اجره المثل أو من الربح بنسبه ماله الا ان يصرح بالمجانيه، هذا إذا ذكرا العمل اما إذا أطلقا فالعمل لازم على كل واحد نسبه ماله و لو أخل نقص بالنسبه و مما ذكرنا ظهر الخلل فيما ورد بهذه الماده من ان الشريك لو لم يعمل يعد كأنه عمل و لو عمل أحدهما و لم يعمل الآخر يعذر أو بغير عذر يقسم الربح بينهما و ان كان العمل مشروطا عليهما،، فإنه حكم جزافى و أكل مال بالباطل و لا سيما مع اشتراط العمل عليهما فتدبره.

ماده (۱۳۵۰) الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر.

هذا إذا سلم أحدهما المال للآخر أو تسالما على وضعه بيد أحدهما اما لو اتفقا على وضعه فى يد ثالث فلا ائتمان و هو واضح.

ماده (۱۳۵۱) رأس المال فى شركه الأموال ..

حاصلها ان رأس المال إذا كان من الشريكين متساويا أو متفاضلا فهى الشركه و ان كان من واحد و العمل من آخر و الربح بينهما فهى مضاربه و ان كان للعامل فقط فهو قرض و إذا كان لصاحب رأس المال فهو فى يد العامل بضاعه فإن ظهر منه تصريحا أو تلويحا التبرع و المجانيه فلا شى ء له و الا فله اجره المثل و الربح و الخسران كله على صاحب رأس المال.

ثم ان عقد الشركه عقد جائز لكل منهما فسخه متى شاء كما انه ينفسخ بموت أحدهما أو جنونه كما هو شأن العقود الجائزه و لو تعدد

الشـركاء فالفسـخ يختص بالمجنون و تبقى على حالها فى الآخرين كما فى ماده «۱۳۵۲»- و ماده «۱۳۵۴» مبنيه على ما تقدم من ان الدين لا يقسم فالمقبوض منه لجميع الشركاء و الباقى لهم اجمع فالحاصل لهم و التالف عليهم.

الفصل الخامس فى (بيان شركه المفاوضه)

ماده (۱۳۵۶) المفاوضان أحدهما كفيل الآخر كما بين فى الفصل الثانى إلى آخرها،

سبقت الإشاره منا الى ان نفس عقـد الشـركه بأى نوع من أنواعها لا تقتضـى كفاله و لا وكاله إلا بتصـريح مسـتقل و عقد آخر و ليس من مقومات الشركه و لا من لوازمها الطبيعيه ان يكون أحدهما كفيلا أو وكيلا للآخر.

ماده (۱۳۵۷) المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضروريه التى يأخذها أحد المفاوضين لنفسه و اهله و عياله خاصه له لا حق لشريكه فيها

لكن يجوز للبائع مطالبه شريكه بثمن هذه الأشياء بحسب الكفاله أيضا.

الكفاله على تقدير تحققها بين الشريكين فإنما ينصرف إطلاقها الى ما يتعلق بشؤون التكسب و الاسترباح لا بالشئون الخاصه نعم لو صرحا بذلك جاز للبائع مطالبه كل منهما.

ماده «۱۳۵۸» المفاوضان فی شـــرکه الأموال کما ان کونهما متساویین بمقدار رأس مالهما و حصتهما من الربح شرط کذلک عدم وجود فضله عن رأس مال أحدهما، إلی آخرها،،

سوء التعبیر و تعقیـد البیـان بـالغ أقصاه فی هـذه الماده و لا یکاد یتحصل منها معنی جدیـد، و غایه ما یمکن اسـتخراجه من هـذه الأقفـال و الأغلال اعتبـار تسـاوی المـالین و ان لا یکون لأحـدهما فضـله تصـلح لتکون رأس مال فی الشـرکه کالنقود أو ما فی حکمهـا من المنقولات کـالحنطه و نحوهـا و لو کـان له فضـله لا تصـلح للشـرکه کالعقار و الـدین لم یضـر بالمفاوضه و تحقق المساواه و هو کما تری تافه و مستدرک.

ماده (۱۳۵۹) الشریکان فی شرکه الاعمال إذا عقدا- إلخ.

بلوغ شـرکه الأعمال الی هـذا الحـد البعیـد بحیث یمضـی إقرار أحدهما علی الآخر مع إنکاره بعید جدا، و بقیه مواد هذا الفصـل واضـحه علی مبانیهم اما عندنا فکلها ساقطه، و لا تضر الزیاده و النقصان برأس المال فی شرکه العنان، التی هی الشرکه الصحیحه عندنا لا غیر، و هی التی تکفل ببیان أحکامها و سائر شؤنها.

الفصل السادس (فی حق شرکه العنان

اشاره

و هو یشتمل علی ثلاثه مباحث)

(المبحث الأول) (فی بیان المسائل العائده إلی شرکه الأموال)

ماده «۱۳۶۵» لا یشترط فی الشریکین بشرکه العنان کون رأس مالهما متساویا،،،

هذه الماده تشتمل علی الأمرین (الأول) عدم لزوم تساوی المالین فی شرکه العنان بخلاف شرکه المفاوضه و هذا قد تکرر فیما سبق فلا فائده فی بیانه (الثانی) انه لا یلزم الشریک ان یدخل جمیع نقوده و أمواله فی الشرکه بل یجوز ان یعقدها علی مقدار منها، و هذا أیضا واضح لا حاجه لبیانه إذ من ذا الذی یحتمل ان الشرکه لا تنعقد إلا بإدخال الشریک جمیع أمواله و نقوده فیها.

ماده (۱۳۶۶) کما یجوز کون عقد الشرکه علی عموم التجارات کذلک یجوز عقدها علی تجاره خاصه کتجاره الذخیره مثلا.

الشرکه کسائر العقود تدور مدار ما یلتزم به الطرفان من الشروط و القیود تعمیما و تخصیصا فان قیدا لزم القید و ان أطلقا جاز کلما شمله الإطلاق فلو اشترطا الاتجار بالطعام أو الحبوب لزم الاقتصار علیهما و الا جاز بهما و بغیرهما کما ان تقسیم الربح بینهما حسب ما تقدم یدور مدار الشرط زیاده و نقصان فان شرطا لأحدهما زیاده لزمت فی الشرکه

الصحيحه و ان لم يشترطا أو كانت الشركه فاسده فالمدار فى الربح و الخسران على نسبه المالين كما دلت عليه ماده «۱۳۶۷»- و ماده «۱۳۶۸»- و «۱۳۶۹»،- اما ماده « ۱۳۷۰» إذا شرط شريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال إلخ.

فقد عرفت انه لا حاجه الى الشرط بل هو مقتضى طبيعه الشركه و إطلاقها و انما الذى يحتاج الى الشرط هو الزياده و النقيصه عن حصه كل منهما من رأس ماله أو تساويهما فى العمل أو عدمه و أشباه هذا من الكيفيات التى لا يقضيها إطلاق الشركه فتدبره جيدا، كما نصت عليه ماده (۱۳۷۱) إذا تساوى الشريكان فى رأس المال و شرطا من الربح حصه زائده لأحدهما مثلا كثلثى الربح و كان عمل الاثنين مشروطا فالشركه صحيحه و الشرط معتبر، انظر ماده (۱۳۴۵) اما إذا شرط عمل أحدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطا على الشريك الذى حصته من الربح زائده فكذلك الشركه صحيحه و الشرط معتبر و يصير ذلك الشريك مستحقا ربح رأس ماله بماله و الزياده بعمله، لكن حيث كان رأس مال شريكه بيده كانت الشركه شبه المضاربه و ان كان العمل مشروطا على الشريك الذى حصته من الربح قليله فهو غير جائز فيقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لأنه إذا قسم الربح على الوجه الذى شرطاه فلا يكون شى ء مقابل من مال أو عمل أو ضمان للزياده التى يأخذها الشريك الذى لم يعمل و استحقاق الربح انما هو لواحد من هذه الأمور الثلاثه، انظر ماده (۱۳۴۷) و (۱۳۴۸).

نقلنـا هـذه المـاده بطولهـا لما يتراءى فيها من براعه التحقيق و استيعاب القسـمه و قوه التنويع و التعليل و لكن لا يلبث هـذا الرونق على محل النقـد حتى يسـتبين زيغه أو يتضـح زيغه، فان العمل إذا كان مشـروطا على الشـريک القليل الحصه من الربـح لا يكون الآخر قد أخذ زياده بلا شى ء مقابل من مال أو عمل بل أخذها بالشرط لرأس ماله كالشخص الذى يكون منه كل رأس المال و العمـل كله على العامل المضارب و يشترط صاحب رأس المال زياده فى الربـح على النصف الـذى حقه عنـد الإطلاق فإنه يأخذ الزيـاده بالشـرط فى قبـال رأس مـاله كمـا يأخـذ الآـخر الأقل فى مقابل عمله و ماده (۱۳۴۸) لاـ ربـط لها بما نحن فيه أصـلا فإن موردهـا مـا إذا لم يكن مـال و لاـ عمـل أصـلا كمـا يتضـح ذلـک من مثالها و هو قوله اتجر بمالک على ان الربـح مشترک بيننا فيسـتحق حصـته فى الربح من غير مال و لا عمل و يكون أكل مال بالباطل بخلاف ما نحن فيه فان الشـريک الذى اشترط لنفسـه الزياده بغير عمل قد اسـتحقها بإزاء رأس ماله الذى دفعه لشـريكه غايته انه كان يستحق بالإطلاق على نسبه ماله من الربح و لكن بالشـرط يستحق الزياده و لكن بإزاء ماله لا بلا إزاء شى ء و عموم المؤمنون عند شروطهم شامل له، و ما ذكرته المجله و ان كان له وراء و طلاء و لكنه عند التحقيق غثاء و من هنا يظهر ضـعفه ما فى ماده (۱۳۷۲) التى هى كتكرير للماده المتقدمه و كانت هى مع طولها تغنى عن هذه الماده فيجب عند التحرير حذفها.

اما- ما فى ماده (۱۳۷۳)- و (۱۳۷۴) من جواز بيع مال الشركه نقدا و نسيئه قليلا أو كثيرا فهو مع الإطلاق و عدم مظنه الضرر

اما لو اشترطا البيع بالنقد أو بربح معين أو أطلقا و كان بيع النسيئه فی معرض التواء لم يصح شی ء من ذلک و هکذا ماده (١٣٧٥) فان الشريک لا يصح له ان يشتری للشرکه إذا اشترطا ان يکون البيع و الشراء للآخر اما مع الإطلاق فله ذلک.

ماده (١٣٧٦) إذا اشترى أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئا ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصه.

يعنی لو اشترطا ان تکون تجارتهما بالأطعمه فقط فاشتری أحدهما ثيابا فلا إشکال فی ان الثياب لا تدخل بالشرکه بل تختص بالمشتری و لکن من الحکم الجزافی قول المجله فی هذه الماده- لکن مع کون رأس مال الشرکه فی يد أحدهما إذا اشتری مالا من جنس تجارتهم و لو بمال نفسه يصير للشرکه.

فإن هذه مخالف لقاعده تبعيه العقود للقصود و لقواعد الشرکه فإن الذی يدخل فی الشرکه ما يشتری بمال الشرکه لا ما يشتريه أحدهما بمال نفسه و لنفسه فيشترک معه فيه غيره قهرا عليه و خلافا لقصده و قد اشتراه بماله الخاص، أ فليس هذا من الجزاف

ماده (١٣٧٧) حقوق العقد انما تعود للعاقد إلخ

سلطه کل واحد من الشريکين علی التصرفات فی مال الشرکه تصورها أرباب المجله بين إفراط و تفريط فقد تقدم فی آخر ماده (١٣٥٦) و کما ان ما باعه أحدهما يجوز رده علی الآخر بالعيب کذلک ما اشتراه أحدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب ثم ترقی الأمر و تفاقم الخطب حتی قالوا

بعـدها فی ماده «۱۳۵۷» المأکولاـت و الألبسه و سائر الحوائـج الضـروریه یجوز للبائع مطالبه شـریکه بثمن هـذه الأشـیاء بحسـب الکفاله أیضا.

فبینا تراهم یجعلون الشـریکین کشـخص واحـد حتی ما اشتراه لحوائجه الضـروریه یمکن ان یطالب به الشـریک الآخر، و إذا بهم یفرقون بینهم أشد التفرقه و یجعلون کل واحد مباینا للآخر کما فی هذه الماده و التی بعدها (۱۳۷۸) الرد بالعیب أیضا من حقوق العقد فما اشتراه أحد الشریکین فلیس للآخر رده بالعیب و ما باعه أحدهما لا یرد بالعیب علی الآخر.

فانظر الی هذا التهافت، هناک یجوز الرد بالعیب علی الآخر و هنا لا یجوز، و من المعلوم الضروری عدم الفرق فی هذه الآثار بین شرکه المفاوضه و شـرکه العنان و لیس الفرق بینهما إلا فی قضـیه لزوم التساوی فی رأس المال و الربح فی شرکه المفاوضه عند القوم و عـدم لزوم فی شـرکه العنان و لـذا کان لکل واحـد من الشـریکین فی النوعین الإیداع و الإبضاع و الإیجار و المضاربه و غیرها کما فی ماده (۱۳۷۹) کل واحد من الشـریکین له إیداع و إبضاع مال الشـرکه- لکن لیس له ان یخلط مال الشرکه بماله و لا ان یعقد شرکه مع آخر بدون اذن شریکه فان فعل وضاع مال الشرکه ضمن حصه شریکه.

و (الضـابطه) فی هـذا- ان کـل مـا فیه منفعه أو مظنه منفعه مـع الاـ من عـاده من الضـرر فإطلاـق العقـد یقتضـی جوازه لکـل من الشریکین و کل مالا منفعه فیه موقوف علی الاذن فضلا عما فیه مظنه الضرر

فلو اذن أحدهما للآخر اذنا عاما بجميع التصرفات لم يجز للمأذون أن يقرض من مال الشركه أو يهب أو ينتقل به من بلد الى بلد إلا بإذن صريح كما نصت عليه ماده (۱۳۸۲) و ماده (۱۳۸۳) من انه لو تصرف مثل تلك التصرفات التى لا يشملها العموم فضلا عن الإطلاق بل تحتاج إلى إذن صريح و حصل الضرر يكون ضامنا للخسار و هو واضح

ماده «۱۳۸۴» إقرار أحد الشريكين شركه عنان بدين فى معاملاتها لا يسرى الى الآخر،،،

هذه الماده أيضا محتاجه إلى التحرير و حسن التعبير و كأنها مبتنيه عندهم على ما تقدم من ان شركه العنان لا تتضمن الكفاله و تحتاج الى تصريح بالوكاله و عليه فإقرار أحدهما لا يلزم الآخر بل يختص به و لكن لازم هذا انه لو أقر أنه دين لزم من معاملتهما معا يلزم بالجميع لا بالنصف إلا إذا صدقه شريكه، و على كل فتحرير البحث- انه لا يجوز لأحد الشريكين فى شركه العنان التى لا يصح عندنا غيرها- التصرف فى المال المشترك إلا بإذن صاحبه فان كان الاذن لواحد منهما فقط لم يجز التصرف للثانى و ان اذن كل منهما للآخر صح لكل منهما التصرف بمقدار الاذن مطلقا أو مقيدا انفرادا أو اجتماعا فلو اذن كل منهما للآخر بالتصرف مطلقا و منفردا فإقراره بالعين أو الدين يمضى على الآخر إذا أقر أنه دين على الشركه أو العين قد باعها و قبض ثمنها للشركه و الا لم يمض إقراره الا على نفسه نعم لو أطلق أحدهما الاذن للآخر و لم يقيده بنحو مخصوص لزمه ان يقتصر على ما هو المتعارف عند التجار فى بلده و زمانه كما فى المضاربه على ما سيأتى و لو

تجاوز فخسر ضمن.

المبحث الثانی (فی بیان مسائل عائده إلی شرکه الأعمال)

هذا المبحث و الذی بعده لا وجه لدخولهما فی هذا الفصل أصلا ضروره ان الفصل معقود لشرکه العنان و هی شرکه الأموال- فما وجه دخول شرکه الاعمال و الوجوه فیه- ماده (۱۳۸۵) شرکه الاعمال عباره عن عقد شرکه علی تقبل الاعمال فالاجیران المشترکان یعقدان الشرکه علی تعهد و التزام العمل، الی آخرها قد یعبر عن هذه الشرکه عندنا بشرکه الأبدان و لها صورتان «الاولی» ما ذکرته المجله من تعهد الشریکین بعمل تکون أجرته لهما متساویین أو بالتفاضل «الثانیه» ان یتعاقدا علی ان یعمل کل واحد علی حسابه مستقلا ثم یجمعان ما یرد لهما و یقتسمانه بالتساوی أو التفاضل حسب الاتفاق و کلاهما عندنا باطلان و لکل واحد أجرته لنفسه نعم یمکن تصحیحه بالصلح کما سبق و کل هذه الفروض و الأمثله المذکوره فی المجله لا تصح عندنا بعقد الشرکه و انما تصح بالصلح فقط- و کل مواد هذا الفصل صحیحه علی مبانی القوم و هی واضحه و عباراتها منسجه، نعم ماده (۱۳۹۸) إذا عمل شخص فی صنعته

هو و ابنه الذى فى عياله فكافه الكسب لذلك الشخص و ولده يعد معينا له كما إذا أعان شخصا ولده الذى فى عياله حال غرسه شجره فتلك الشجره للشخص و لا يكون ولده مشاركا له.

قد عرفت غير مره ان عمل المسلم محترم فان ظهر من الولد انه يعمل لأبيه مجانا أو كان هناك عرف عام أو خاص يقتضى بهذا الظهور فهو و الا فهو مشكل بل يجوز للولد مطالبه أبيه بأجره عمله أو مشاركته بالشجره الا ان يكون قد قصد فى نفسه المجانيه فلا حق له بالمطالبه و كونه فى عياله لا يقتضى سقوط حرمه إعماله الا ان يشترط عليه أبوه ذلك.

المبحث الثالث (فى بيان مسائل عائده إلى شركه الوجوه)

ماده «١٣٩٩» كون حصه الشريكين على التساوى فى المال المشترى ليس بشرط إلخ.

عرفت ان شركه الوجوه الباطله عندنا الصحيحه عند القوم هى عباره عن العقدين الاثنين على ان يشتريا بالذمه و يبيعا و يقتسما الربح بعد ان يدفعا أصل الثمن الى الغرماء الدائنين و عليه فهى تدور مدار الاتفاق بينهما و الشرط من حيث التساوى و التفاضل فى الربح و الخسار و من حيث من يتولى البيع و الشراء و المال الذى يشترى به و يباع و غير ذلك من شئون هذه المعامله و لكنها تتقوم بضمان الشريكين ثمن ما يشتريان من الأموال و بهذه الحيثيه يستحق كل واحد منهما حصه فى الربح و لكن بنسبه ضمانه و حصته فى الشراء فلو كان الشراء لهما على المناصفه فالربح

بينهما كذلک و لا يصح ان يكون الشـراء على المناصفه و الربح مثالثه كما فى ماده «۱۴۰۲» و كذا يتوزع الخسران عليهما بتلک النسبه فلا يسوغ ان يكون الشراء بينهما مثالثه و الخسار و الربح بينهما مناصفه كما فى ماده «۱۴۰۳» هذا خلاصه مواد هذا الفصل و لكن الأحكام المذكوره كلها استحسانيه و اعتباريه لا تستند على دليل راسخ و مقتضى القواعد العامه بعد عدم الدليل الخاص فى المقام انه يصح كل ما يتفقان عليه و يتراضيان به بالشرط و ما المانع ان يجعلا الربح مناصفه و الربح أثلاثا أو يدخل أحدهما فى الربح و لا يتحمل شيئا من الخسران فليتدبر.

ثم انه قد بقيت أبحاث مهمه فى أحكام عقد الشركه لم توضحها مواد (المجله) يلزم التنبيه عليها

اشاره

للإحاطه بهذا الموضوع من جميع أطرافه

«الأول» ان عقد الشركه جائز كما عرفت

فيجوز لكـل منهمـا الرجوع فيه و المطـالبه بالقسـمه عروضـا كـان المـال أو نقـدا و ليس لأحـدهما المطالبه بإقامه رأس المال بل يقتسمان الأعيان الموجوده إذا لم يتفقا على؟؟؟؟

و لو شـرطا فيه عـدم الفسخ إلى مده معينه كان حكمه حكم الشـروط فى العقود الجائزه و لا يبعد لزومها كما لو شـرط ذلک فى عقد لازم و بعد الأمد لا يتصرف أحدهما بالمال المشترک إلا بإذن جديد من الآخر سواء قلنا باللزوم أو عدمه

(الثانى) ان هذا العقد كسائر العقود الجائزه يبطل بموت أحدهما أو موتهما

أو جنونه أو إغمائه أو فلسه أو سفهه فلا يجوز للآخر التصرف و لكن لا تزول الإشاعه إلا بالقسمه

«الثالث» الشريک المأذون بالتصرف أمين لا يضمن ما يتلف بيده إلا بالتعدى أو التفريط

و يقبل قوله بالتلف بسبب خفى أو ظاهر و فى عدم الخيانه و التفريط و فى قصد انه لنفسه أو للشركه بيمينه

«الرابع» إذا باع الشريكان المال المشترک بعقد واحد

على مشتر واحد أو متعدد و قبض أحدهما من ثمنه شيئا فإن كان القابض وكيلا عن شريكه فى القبض أو مطلقا فهو لهما بلا اشكال و ان لم يكن وكيلا فالثمن اما ان يكون عينا شخصيه أو كليا ففى الأول ان قبض الثانى حصته منها أو أجاز قبض شريكه برئت ذمه الدافع و الا فحصته من العين مضمونه لو تلفت و له الرجوع ببدلها مخيرا بين الرجوع على الدافع أو القابض على قاعده توارد الأيادى، و ان كان الثمن كليا و لم يكن القابض وكيلا- حسب الفرض فان دفع الثمن اجمع كان قبض الشريک لحصه شريكه فضوليا فإن أجاز أو قبض فلا- اشكال و الا- فله الرجوع بها على القابض و ان كانت موجوده و على الدافع اما لو تلفت تعين رجوعه على الدافع المديون، و ان دفع حصه القابض فقط فان كان متمردا ممتنعا أو جاحدا للآخر تخير الشريک الآخر بين المشاركه فى المقبوض بناء على ان الدين المشترک لا يتعين بتعيين المديون و لا تصح القسمه فيه بل المقبوض لهما و التالف عليهما كما هو الأصح و بين الرجوع على الدافع، و ان لم يكن ممتنعا بل عازم على الوفاء فهل له المشاركه فى المقبوض أو يختص بالقابض قولان المشهور على الأول و وجهه ما عرفت و خالفهم جماعه بناء على ان بتعيين الغريم يتعين حق كل منهما و الأول أقوى و تخييره غير بعيد- هذا كله عند حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلا لم يشارک صاحب الحق المعجل إذا

قبض بلا اشكال، و هذا التفصيل و البيان الوافى المستوعب يجرى فى كل مال مشترك كالدين الموروث و إتلاف المال المشاع و غيرهما و يمكن التخلص بمصالحه كل واحد منهما عن حقه فيختص بما يقبض أو بالإبراء أو الاستيهاب معوضا أو غير ذلك.

الباب السابع فی (حق المضاربه

اشاره

و یشتمل علی ثلاثه فصول)

الفصل الأول

ماده (۱۴۰۴) المضاربه نوع شرکه علی ان رأس المال من طرف و السعی و العمل من الطرف الآخر. یقال لصاحب المال رب المال و للعامل مضارب،،، هذا التعریف قاصر معنی و عباره و الأقرب منه الی حقیقتها انها معامله بین اثنین یکون المال من أحدهما و العمل من الآخر علی ان یتجر به و له حصه فی الربح و یتضح من هذا انها عقد إذا فلا بد فیها من إیجاب و قبول و لکن بما انها عقد جائز فلا یلزم فیها صیغه مخصوصه بل یکفی فیها کل ما دل علیها من العبارات کما نصت علیه ماده (۱۴۰۵) رکن المضاربه الإیجاب و القبول- الی آخرها.

و الموجب هو رب المال و القابل هو العامل فإن أطلق الموجب و قال خذ هذه الدراهم و اتجر بها بحسب رأیک و کیف شئت فهی المطلقه و ان قیده بنحو مخصوص زمانا أو مکانا أو جنسا و هکذا لزم علیه ان لا یتعدی ذلک فلو تعدی و تلف المال أو بعضه ضمن کما فی ماده

(۱۴۰۶) و (۱۴۰۷) المضاربه المطلقه هی التی لاـ تتقید بزمان و لاـ مکان الی آخرها، ثم ان المضاربه تتقوم بأربعه أرکان «۱» الصیغه أی الإیجاب و القبول و قد عرفت کفایه کل ما دل علیها و لاـ یلزم فیها عباره مخصوصه «۲» المال الذی تقع فیه المضاربه،، و یعتبر ان یکون رأس المال من أحد النقدین فلا یصح بالفلوس و العروض و المال الذی فی الذمم نعم لو وکله علی قبض دینه و قال له ضارب به و کان من أحد النقدین أو قال له خذ هذه الحنطه أو الثیاب و بعها بأحد النقدین و ضارب به علی النصف أو الثلث أو نحو ذلک صح کما فی ماده (۱۴۰۹) و یظهر منها صحه المضاربه بالغروش و عندنا لا یصح، و ان یکون ملکا و قدره معلوما و لاـ حق فیه للغیر کرهن و نحوه و ان یعین حصه العامل من الربح کسرا شائعا نصفا أو ربعا و ان أطلق فالمناصفه کما فی ماده «۱۴۱۱» یشترط فی المضاربه کشرکه العقد الی آخرها «۳» رب المال و یشترط فیه مضافا الی الشرائط العامه ان لا یکون محجورا علیه بفلس أو سفه و ان یکون قادرا علی تسلیم المال و ان یسلمه «۴» المضارب ای العامل و یشترط فیه مضافا الی تلک الشروط ان یکون قادرا علی العامل و لا یکون سفیها اما الفلس فلا یقدح فیه فلو اختل أحد الشروط بطلت المضاربه و لم یستحق العامل الحصه لو عمل و انما یستحق اجره المثل کما فی ماده (۱۴۱۲) و هذا تمام مواد الفصل الثانی.

الفصل الثانی (فی بیان أحکام المضاربه)

(ماده: ۱۴۱۳) المضارب أمین– رأس المال فی یده فی حکم الودیعه

و من جهه تصرفه فی رأس المال هو و کل رب المال و إذا ربح یکون شریکا فیه، عرفت فیما سبق ان الشرکه و المضاربه عقود مستقله أثرها صحه التصرف فهی و ان أفادت فائده الوکاله و لکن لا دخل للوکاله فیها و لا هی متضمنه لها کما انها تختلف عن الودیعه بأن الودیعه قبض متمحض لمصلحه المالک و المضاربه کالإجاره القبض فیها لمصلحه الطرفین و بهذا یختلف حکمها عن الودیعه فی بعض الجهات.

ماده (۱۴۱۴) المضارب فی المضاربه المطلقه بمجرد العقد یکون مأذونا فی العمل إلخ،،

المضاربه المطلقه الأمر فیها موکول الی المضارب و لکنها بطبیعه الحال عقلا و عرفا مقید بان لا یعمل ما یوجب الضرر أو ما فیه مظنه الضرر و الخسران و ان لا- یتجاوز المتعارف بین التجار و العرف فضلا عن اعتبار التحرز من الغبن الفاحش و غیره،، اما ما عدا ذلک من الشئون فهو مطلق العنان فیها من بیع و شراء بنقد أو نسیئه و الإیداع و الإبضاع و التوکیل و السفر و الحضر کلها جائزه له الا- ان یکون شی ء منها خارجا عن متعارف التجار أو فیه مظنه الضرر مظنه عقلائیه فلو خالف و حصل الضرر کان ضامنا و کذا قضیه الرهن و الارتهان و الإیجار و الاستیجار

و غير ذلک حتی خلط مال بمال المضاربه ان لم يكن فيه مظنه ضرر و لم يكن خلاف المتعارف.

ماده (۱۴۱۸) المال الذی أخذه المضارب بالنسيئه زياده علی رأس المال بإذن رب المال يكون مشتركا شركه وجوه.

إذا استدانه المضارب صار شركه وجوه و الربح بينهما حسب الاتفاق و إذا استدانه علی ذمه رب المال فهو مضاربه.

ماده (۱۴۲۳) إذا وقت رب المال المضاربه بوقت معين فيمضی ذلک الوقت تنفسخ المضاربه،،،

العقود الجائزه لا معنی لتوقيتها فلو جعل لها وقتا و أمدا معينا جاز لكل منهما فسخها متی شاء حتی لو اشترطها فی ضمن عقدها و لو قلنا بلزوم الشروط فی ضمن العقود الجائزه فإن معنی لزومها وجوب العمل بالشرط ما دام العقد اما إذا فسخ أحدهما فلا عقد و لا شرط خلافا لما يظهر من بعض أساتيدنا، نعم لو شرط بقاء العقد الجائز و عدم فسخه إلی أمد معين فی ضمن عقد لازم كبيع أو إجاره أو غيرهما لزم الشرط و العقد فتدبره جيدا.

ماده (۱۴۲۴) إذا عزل رب المال المضارب يلزم اعلامه بعزله و تكون تصرفات المضارب المواقعه معتبره حتی يقف علی العزل- إلخ.

المضاربه فی هذه الجهه كالوكاله فكما ان الوكيل لا تبطل تصرفاته الا بعد بلوغ العزل اليه فكذلک المضارب اما جواز تبديل الأموال بالنقود بعد العزل كما فی هذه الماده فمشكل بل القاعده تقتضی العدم

ماده (۱۴۲۶) استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له فی المضاربه الفاسده- إلخ:

المضاربه إذا كانت صحيحه استحق العامل من الربح الحصه التى وقع العقد عليها و ان وقعت فاسده و ربح العامل فالربح جميعه لرب المال ثم ان كان العامل يعلم بالفساد و أقدم على العمل لإحراز الاذن و الرضا من رب المال استحق أقل الأمرين من اجره المثل و الحصه التى وقع عليها العقد الفاسد و كذا إذا عمل و هو جاهل بالفساد اما لو لم يحرز الاذن مع علمه بالفساد فهو متبرع و لا شى ء له ربح أم لا و كذا لو عمل و لم يربح و كان مأذونا لأنه إنما أقدم على ان يكون له حصه فى الربح و الفرض انه لم يربح فلا شى ء له، ماده (١٤٢٧) إذا تلف مقدار من مال المضاربه يحسب فى أول الأمر من الربح و لا يسرى الى رأس المال، و إذا تجاوز الربح و سرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربه صحيحه أو فاسده،،، العامل يستحق حصته من الربح بمجرد ظهوره و لكن لا يصح له أخذها إلى انتهاء المعامله لاحتمال ورود خسران بعد فيجبر من الربح فكل خسران يرد يجبر من الربح فان ورد خسران على رأس المال لعدم ربح يجبر منه فالخساره على المالك و لا شى ء على العامل فى صوره الإطلاق و صحه عقد المضاربه اما مع الفساد فان كان مأذونا فلا غرامه عليه أصلا و ان لم يكن مأذونا و عالما بالفساد فهو ضامن للخساره كلها و لا يلحق رب المال شى ء منها، فما فى هذه الماده من إطلاق عدم ضمان العامل فى غير محله، نظير ما لو خالف الاذن كما تقدم فى ماده (١٤٢١)

و ماده (۱۴۲۲)،،،

ماده (۱۴۲۸) على كل حال يكون الضــرر و الخسار عائدا على رب المال، و إذا شــرط كونه مشتركا بينه و بين المضارب فلا يعتبر ذلک الشرط.

اما كون الضرر و الخسار عائدا على رب المال على كل حال- فقد عرفت ما فيه و انه على إطلاقه غير صحيح، و اما اشتراط كونه بينهما أو على المضارب فقط فالمشـهور عنـدنا كما فى المجله انه باطل و تبطل به المضاربه لأنه شـرط مناف لمقتضـى العقـد، و ناقش فيه السـيد الأسـتاذ قـدس سـره بأنه مناف لمقتضـى إطلاق العقد لا لذاته فلا مانع منه و إطلاق أدله الشـروط يشـمله و أنت خبير بأن طبيعه عقد المضاربه حسب العرف و السـيره الجاريه بين العاملين و أرباب الأموال تقتضـى عدم تحميل العامل شـيئا من الخساره إلا إذا فرط أو خالف الاذن و الشـرط و الشارع امضـى هذه المعامله على ما هى عليه عند العرف الا ما قام عليه الدليل و لعل هـذا مـدرک ما يـدعى من الإجماع عنـدنا على عـدم صـحه هذا الشـرط وفقا لما فى المجله ثم ان عقد المضاربه من العقود الجـائزه بلا خلاف من الفريقين و عامه أرباب المـذاهب فلو مات أحـدهما أو جن مطبقا تنفسـخ المضاربه كما فى ماده (۱۴۲۹) إذا مات رب المال أو جن جنونا مطبقا تنفسـخ المضاربه،، لا يختص الانفساخ بموت رب المال بل تنفسـخ أيضا بموت العامل و لا بالجنون المطبق بل بجنون أحـدهما و لو أدواريا كما تنفسـخ بفسخ أحدهما اختيارا أو بسـفه أو فلس يوجب الحجر عليهما أو على أحدهما كما تنفسخ

بتلف رأس المال تلفا سماويا اما التلف الضمانى فيقوم البدل مقام الأصل و تبقى المضاربه على حالها.

ماده (۱۴۳۰) إذا مات المضارب مجهلا فالضمان فى تركته

يعنى لو مات و لم يبين حال رأس المال أو الربح و كان الحال مجهولا فان ادعى الورثه الرد يقبل بيمينهم ان المال لبس عندهم و لا علم لهم به أو انهم يعلمون برده الا ان يقيم رب المال البينه ان المال فى تركه المضارب و بالجمله الورثه يقومون مقام المضارب فكما انه أمين يقبل قوله فى الرد و عدم الخيانه و عدم التفريط فكذلك ورثته نعم لو كان المال فى تركته فليس للورثه التصرف فيه بل يكون امانه بيدهم يجب رده الى المالك بعد أخذ حصتهم منه،،، و اعلم انه قد بقيت فى المضاربه أبحاث مهمه لم تذكرها المجله و قد ذكر فقهاؤنا بعضها فى مطولاتهم و مختصراتهم و لما كان ذكرها يوجب الإطاله و الحال الراهن العصيب يضطرنا الى الاختصار لذلك تركناها و ان عز علينا فوت تلك المحققات الثمينه.

الباب الثامن فی (بیان المزارعه و المساقاه

اشاره

و ینقسم الی فصلین)

الفصل الأول (فی بیان المزارعه)

اشاره

اعلم ان أفضل الأعمال التی یکتسب بها المال هو الزرع و قد ورد من الشارع المقدس فی الحث علیه و الترغیب فیه ما یفوق کل أسباب الکسب و وسائل العیش ففی بعض اخبار أهل البیت سلام اللّه علیهم:

الزراعون هم کنوز اللّه فی أرضه و ما فی الأعمال شیء أحب الی اللّه من الزراعه و ما بعث اللّه نبیا الا زارعا و سئل النبی «ص» ای الأعمال خیر قال زرع زرعه صاحبه و أصلحه و ادی حقه یوم حصاده و فی بعض الاخبار الکیمیاء الأکبر الزراعه، ازرعوا فلا و اللّه ما عمل الناس عملا أحل و لا أطیب منه، و انما جعل الزارعین کنوز اللّه لأنهم یستخرجون کنوز الأرض للناس،، ثم ان المزارعه تشبه المضاربه من جهه حیث ان الأرض من شخص و العمل فیها من آخر فهی تقوم مقام المال، و تشبه الإجاره من جهه أخری فإن العامل أجیر علی

العمل و الحصه من الزرع أجرته و صاحب الأرض مستأجر و ان كان العمل و البذر و العوامل من واحد و الأرض فقط من الآخر فالعامل هو مستأجر الأرض و صاحبها مؤجر و كذا الكلام فی المساقاه.

ماده «۱۴۳۱» المزارعه نوع شركه علی كون الأراضی من طرف و العمل من طرف آخر يعنی ان الأراضی تزرع بينهما.

هذا التعريف كسائر تعاريفهم ضعيف فاتر، و أقرب ما يكون إلی حقيقه هذه المعامله ان يقال انها عقد بين مالك الأرض و آخر علی ان يزرعها و يكون له حصه شائعه فی العائد منها، و حيث انها عقد فبالضروره يكون كما فی ماده «۱۴۳۲» ركن المزارعه الإيجاب و القبول- و الظاهر انه لا- يلزم فيها عباره خاصه و صيغه معينه بل يكفی فی انعقاده كل عباره تدل عليها و ان كانت عقدا لازما، و يكفی الاستدعاء من الزارع و القبول من صاحب الأرض كما نصت عليه هذه الماده.

ماده «۱۴۳۳» كون العاقدين عاقلين فی المزارعه شرط و كونهما بالغين غير شرط فيجوز للصبی المأذون عقد المزارعه.

يعنی إجراء الصيغه يشترط فيه العقل و التمييز فلو كان غير عاقل مجنونا أو غير مميز فصيغته لغو لان كلا منهما مسلوب العباره اما لو كان مميزا غير بالغ فعبارته صحيحه و لكن لا تنفذ عقوده إلا بإذن الولی فإذا كان مأذونا صحت و نفذت.

«۱۴۳۴» يشترط تعيين ما يزرع.

المزارعه كالمضاربه مطلقه و مقيده فإن أطلق المالك أو عمم كان للزارع ان يزرع ما شاء و لكن لا يخرج عن المتعارف فلو كان زرع القطن غير متعارف أو مظنه ضرر و المتعارف كما فى العراق زرع الحنطه أو الشعير أو الرز لم يجز له العدول عنها فلو عدل ضمن، و ان قيد لزم ان لا يتجاوز موضع القيد فلو تجاوز و تضرر ضمن.

ماده «۱۴۳۵» يشترط حين العقد تعيين حصه الفلاح جزء شائعا من الحاصلات كالنصف و الثلث الى آخرها.

هذا أهم شروط المزارعه يعنى تعيين حصه الزارع من الحاصل كسرا مشاعا نصفا أو ثلثا، فلو لم يعيناها عند العقد أو عينا مقدارا من النقود أو العروض أو الطعام بوزن مخصوص منها أو من غيرها بطلت مزارعه و لا- تصح اجاره بل له اجره المثل أو أقل الأمرين منها و من الحصه المتعارفه فى تلك الغله، و الأول أصح

ماده «۱۴۳۶» يشترط كون الأراضى صالحه للزراعه و تسليمها الى الفلاح.

هذا الشرط ضرورى و المزارعه بدونه باطله، و بقى شرطان آخران (أحدهما) استحقاق المزارع للأرض يملك العين أو المنفعه أو حق اختصاص بتحجير أو ولايه أو وصايه أو وقف خاص أو استعاره اما إذا لم يكن له حق فيها أصلا كالموات و مال الغير و غير ذلك فلا يجوز مزارعتها (ثانيهما) تعيين الأرض و تشخيص حدودها بما يرفع الجهاله و الغرر فلو زارعه فى قطعه من أراضيه و لم يعينها أو فى

إحدى القطعتين و لو كانتا متساويتين لم تصح نعم لا يشترط التشخيص و لو قال زارعتک على جريب من هذه الأرض على نحو الكلى فى المعين و كانت متساويه الاجزاء أو على نحو الكلى فى الذمه و وصفها مما يرفع الجهاله و دفع المصداق- صحت.

ثم إذا استجمعت المزارعه شروطها لزمت و استحق الزارع الحصه المشاعه من العائد و إذا اختل شرط من الشروط فسدت و كان الزرع كله لصاحب البذر و للآخر أجره أرضه بتقويم أهل الخبره و للفلاح ان كان اجره المثل كما ان للعوامل من بقر و آلات أجرتها، و الى بعض هذا أشارت ماده «۱۴۳۹» تكون كل الحاصلات فى المزارعه الفاسده لصاحب البذر الى آخرها،،، ثم انه قد مرت الإشاره الى ان عقد المزارعه بعد صحته يقع لازما و تحرير ذلک انه إذا وقع على مده معينه من سنه أو سنتين أو شهرين أو ثلاث لزم و لكن بشرط ان يكون الأمد صالحا لبلوغ الزرع المعين فى العقد أو مطلقا فلو عين وقتا لا يمكن حصول اى زرع فيه أو الزرع التى تصلح تلک الأرض له بطلت المزارعه طبعا و ان لم يعين فان كان هناک الذى شى ء متعارف و زمان معروف انصرف العقد اليه و تعين و ان لم يكن ذلک فالأصح البطلان للجهاله و ان أمكن الصحه بحمله على زمان يمكن به نضوج الزرع من قمح و نحوه أو خضراوات و نحوها و إذا وقع لازما لم يكن لأحدهما فسخه بغير سبب مشروع من شرط خيار أو عجز أو اتفاق منهما معا بالإقاله و نحو ذلک، اما إذا مات صاحب الأرض فالزارع يبقى على عمله إلى النهايه و يقسم الحاصل بينه و بين الورثه

و لو مات الزارع قام وارثه مقامه إلى نهايه الأمد و لو كان عاجزا حتى عن الاستيجار انفسخت و استحق الوارث عن المده الماضيه من الزرع بالنسبه و لم تذكر المجله بقيه شروط المتعاقدين من الاختيار و الرشد و الحريه أما (الفلس) فيقدح فى الملك لا ـ العامل إذا لم يكن منه مال أو بذر و الا لم يصح و تجوز مزارعه الكافر، كما أنها أهملت ذكر أبحاث مهمه فيها فوائد جمه، حالت بيننا و بين تحقيقها الأحوال بل الأهوال و نحن نشير الى بعضها إشاره إيماء (منها) ان خراج الأرض مع إطلاق العقد على المالك الا ـ ان يشترطاه على العامل أو عليهما و ما يأخذه المأمورون ظلما زائدا على الخراج فان علم انه على الأرض فعلى المالك أو على الزرع فعلى العامل و ان لم يعلم يوزع.

(منها) كل ما فسدت المزارعه فالزرع لصاحب البذر و للعامل اجره المثل فان كان البذر من المالك فالزرع له و عليه اجره العامل و العوامل و ان كان للزارع فالزرع له و عليه أجره الأرض، و ان كان لهما فالزرع لهما و لكل منهما على الآخر اجره ما يخصه من الأرض و العمل، و ان كان لثالث فالزرع له و عليه أجره الأرض لمالكها و اجره العمل للزارع و لا فرق بين علمهما بالفساد أو جهلهما أو اختلافهما و لا بين زياده الأجره على الحصه المشتركه أو نقصانها و يحتمل أقل الأمرين منها و من الحصه كما انه لو كان الفساد من جهه اشتراط عدم حصه للعامل فلا شى ء له لإقدامه على المجانيه.

(منها) إذا صح العقد ثم فسخ بخيار أو تقابل فان كان قبل

العمل فلا اشكال و لو كان بعده قبل ظهور الزرع فالحكم ما سبق فى صوره الفساد، و ان كان بعده قبل الإدراك أو بعده فهل يكون الزرع لصاحب البذر و للأرض أو العمل الأجره كصوره الفساد أو يكون بينهما على الشرط كما لو بقى العقد وجهان أصحهما الأول و للثانى وجه و هو الاستصحاب و على تقدير كونه كالفساد فان تراضيا على البقاء الى البلوغ بأجره أو بدونها فهو و الا فللمالك القسمه و إلزام العامل بأخذ حصته و لا يلزم المالك بالإبقاء و لو بأجره (منها) إذا عرض فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو قبل نضجه ما يفسد العقد لو حصل فى الابتداء كانقطاع الماء أو استيلائه عليها أو نحو ذلك من الأعذار العامه كالثلوج المتراكمه و الموانع المزاحمه فهو كاشف عن فساد العقد من أصله و الصحه كانت ظاهريه و القول بالصحه و ثبوت الخيار لا وجه له.

و بقيت من هذا النظير أبحاث كثيره و ما ذكرناه من قبيل الأنموذج لها

الفصل الثانى فى (فى بيان المساقاه)

ماده (۱۴۴۱) المساقاه نوع شركه على ان يكون أشجار من طرف و تربيه من طرف آخر و يقسم ما يحصل من الثمر بينهما.

المساقاه كالمزارعه سوى ان المزارعه معامله على زرع الأرض

و المساقاه معامله علی تربیه الأشجار و سقیها اما الشروط فتلک الشروط و الاحکام تلک الاحکام عقدا و صحه و فسادا و فسخا و حصه و جوازا و لزوما فالإعاده قلیله الإفاده و کلما ذکرناه هناک یجری هنا

نعم بقی فی المقام معامله ذات شأن دائره بین الملاکین، و علیها یدور عماره الأرضین و جعلها حدائق و بساتین

و هی عقد (المغارسه)

و لم تتعرض لها المجله، و هی شقیقه المزارعه کلاهما معامله علی العمل فی الأرض و لکن تلک علی زرعها و هذه علی غرسها نخیلا و أشجارا و هی من الاعمال الاقتصادیه الحیویه بل الضروریه و لکن الغریب ان المشهور عند فقهائنا بطلانها بل ربما یدعی الإجماع علیه للأصل بعد کونها علی خلاف القاعده و استشکل فیه بعض المتأخرین لأن الأصل مقطوع بالعمومات مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و الإجماع غیر محقق و الأقوی الصحه و هی عباره عن عقد بین صاحب ارض و آخر علی ان یغرسها إلی مده معینه و یکون له حصه فی تلک الغروس مشاعه ربعا أو ثلثا و نحوها سواء جعل له فی الأرض حصه أم لا و المتعارف فی بعض نواحی الفرات ان یکون ثلث لصاحب الأرض ملاکیه و ثلث للفلاح إزاء إتعابه البدنیه و ثلث للمصارف المالیه فإن قام شخص ثالث بها فالثلث له و ان قام بها الفلاح أو صاحب الأرض فله الثلثان و لو وقعت هذه المعامله و قلنا بالصحه لزم العمل علی ما اتفقا علیه و ان قلنا بالبطلان فالغرس لصاحبه فان کان من صاحب الأرض فعلیه اجره عمل الغارس ان کان جاهلا

بالبطلان بل و ان كان عالما به على الأصح عندنا و ان كان الغرس للعامل فعليه أجره الأرض للمالك مع جهله به بل مطلقا و له الإبقاء بالأجره بل يتعين مع الجهل و له الأمر بقلع الغروس أو قلعه بنفسه مع العلم بالبطلان و ليس عليه أرش النقصان نعم لو قلعها فى صوره الجهل كان عليه ذلك و قيل عليه التفاوت ما بين قيمته قائما و مقلوعا، و على الغارس طم الحفر و إصلاح الأرض ثم لو قلنا بعدم صحه هذه المعامله أمكن تصحيحها يجعلها بنحو الإجاره أو المصالحه أو الشركه بأن تكون الأصول مشتركه بينهما اما بشرائهما معا أو تمليك أحدهما للآخر نصفا منها مشاعا فيصالح صاحب الأرض الغارس على ان يشتغل بغرسها و سقيها الى زمان معين بنصف منفعه أرضه أو بنصف عينها أو يستأجره على عمل الغرس و السقى المعين بنصف الأرض أو نصف منفعتها و لو صدرت مغارسه و شك فى صحتها و فسادها بنى على الصحه قد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعيف العاجز محمد الحسين آل كاشف الغطاء صباح الجمعه فى أواخر شهر صفر سنه احدى و ستين بعد الالف و الثلاثمائه هجرى

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.